



UNIVERSITÀ DI PISA
DIPARTIMENTO DI ECONOMIA E MANAGEMENT

Corso di Laurea Magistrale in
Strategia, Management e Controllo

TESI DI LAUREA
L'affidamento in house tra orientamenti giurisprudenziali e
recenti tendenze legislative

CANDIDATO

Elena Favre

RELATORE

Prof. Pietro Milazzo

Anno Accademico 2015/2016

INDICE

Introduzione	p.5
---------------------------	------------

CAPITOLO I

Natura dell'affidamento in house

1.1. L'origine e l'elaborazione dell'in house a livello Comunitario.....	p.7
- Ambito d'intervento dell'istituto: i servizi di interesse economico generale.....	p.7
- La nascita dell'in house dal Libro Bianco alla sentenza Parking Brixen.....	p.19
1.2. L'iter legislativo e giurisprudenziale sui caratteri dell'in house.....	p.42

CAPITOLO II

Nuove direttive europee: novità e in house

2.1. Principi ispiratori delle nuove direttive.....	p.57
2.2. Le direttive n.23, 24,25 del 2014: quali novità per l'in house (Limiti, controllo analogo e attività prevalente).....	p.68
2.3. Concezione e le diverse tipologie di in house.....	p.82
- In house c.d. "inverso".....	p.83
- In house c.d. "orizzontale".....	p.85
- Cooperazione pubblico-pubblico o in house?	p.89
- In house c.d. "pluripartecipato".....	p.90

2.4. Conclusione.....	p.93
-----------------------	------

CAPITOLO III

Italia: recepimento legislazione comunitaria e criticità

3.1. Premessa.....	p.95
3.2 . Nuovo Codice degli appalti tra nuove direttive e leggi nazionali: focus sull'affidamento in house.....	p.98
3.3. Peculiarità e criticità della disciplina in house nel nostro ordinamento.....	p.120
- La motivazione nell'in house.....	p.120
- Disciplina applicabile.....	p.124
. Responsabilità degli amministratori.....	p.129
. Il fallimento delle società in house	p.134
 4. Conclusioni.....	p.139
Elenco sentenze e pareri.....	p.141
Bibliografia.....	p.143

Introduzione

La tesi si propone di evidenziare le problematiche ed i diversi orientamenti sorti nel processo di accettazione dell'affidamento in house, che risulta come alternativo alle procedure di gara pubblica.

Questo tipo di affidamento, non nuovo alle amministrazioni pubbliche, non aveva avuto, sino alle Direttive appalti e concessioni del 2014, una chiara definizione e riconoscimento a livello legislativo.

Il primo capitolo tratta, nella prima parte, l'ambito applicativo delle società in house, ovvero i servizi pubblici di interesse economico generale, prima di affrontare il tema della nascita del concetto stesso di in house providing. Successivamente analizza le sentenze che hanno contribuito a raggiungere oggi una definizione normativa della materia. Nell'ultima parte del capitolo se ne analizzano i riflessi che ci sono stati in Italia, sia dal punto di vista legislativo che giurisprudenziale.

Il secondo capitolo si concentra sulle direttive comunitarie in materia di appalti concessioni e settori speciali, analizzate con specifico riguardo alla nuova disciplina in house. Per mezzo delle sopracitate direttive, per la prima volta è stata data norma positiva a questo istituto, sul quale è stato spesso dibattuto in merito al carattere di eccezionalità che lo contraddistingue rispetto alla regola generale di libera concorrenza tra gli operatori del settore. Il suddetto capitolo si occupa, in particolare, dei caratteri e dei limiti che derivano dalla definizione dei requisiti dell'in house providing. Sono stati analizzati, inoltre, casi particolari di in house providing ammessi dalle direttive, i quali, in passato, non sempre sono stati riconosciuti essere fattispecie di questo tipo di affidamento e, di conseguenza, non erano ammessi.

Il terzo capitolo tratta delle modalità e i passaggi con cui è stata recepita la nuova disciplina in Italia. È stata analizzata non solo la disciplina vigente, ma anche prospettive future e criticità potenziali che è possibile cogliere sul tema, soffermandosi in particolar modo sulla nuova normativa dettata dal Codice degli appalti e dei decreti legislativi che sono intervenuti a disciplinare la materia in esame.

Sono molteplici, non solo, le novità, ma anche i punti di criticità sollevati e in parte risolti dal diritto interno che si legano alla dubbia natura del soggetto in house, ovvero derivanti dalla questione se si possa considerare sottostante alle regole di diritto pubblico oppure a quelle di diritto privato.

La domanda che è necessario porsi, e che si propongono queste pagine, è quali siano le prospettive e lo spazio normativo futuro per gli affidamenti in house.

CAPITOLO UNO

Natura dell'affidamento in house

1.1 L'origine e l'elaborazione dell'in house a livello Comunitario

1.1.1 Ambito d'intervento dell'istituto: i servizi di interesse economico generale

Per meglio comprendere la criticità e la specificità dell'in house providing come forma di gestione, è necessario inquadrare l'ambito d'intervento di questo istituto, ovvero i servizi pubblici locali.

La materia dei servizi pubblici locali è stata oggetto di numerosi interventi normativi applicati dal legislatore italiano e derivano dalla necessità di adattarsi alle disposizioni comunitarie.

La tematica dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici infatti è stata regolata principalmente attraverso gli articoli 82, 86 c. 2° e 295 del Trattato CE, il quale impone che le imprese, sia pubbliche che private, sottostiano ai principi comunitari di tutela della concorrenza e di libertà di circolazione.

È universalmente riconosciuto che tutti gli Stati membri sono tenuti a garantire una economia di mercato aperta per favorire così la libera concorrenza. L'indirizzo verso una completa liberalizzazione dei mercati, o comunque la presenza di condizioni concorrenziali adeguate, riguarda tutte le attività economiche, comprese quelle riconducibili alla gestione dei servizi pubblici.

In verità il concetto di “servizio pubblico” non è stato mai espresso nei trattati, per evitare di farlo scontrare con le diverse definizioni già consolidate nei diversi ordinamenti e creare così ulteriori problemi interpretativi.

La disciplina comunitaria non solo si è ispirata alle esperienze degli Stati i membri, ma a sua volta ha dettato una comune disciplina dando la spinta ad un effetto di armonizzazione.

Il diritto sovranazionale ha regolato in generale i rapporti tra Enti locali e gestori dei servizi e le diverse fattispecie che ne scaturiscono, ma anche come lo Stato si debba rapportare al mercato. Questi equilibri erano già consolidati negli ordinamenti nazionali e le nuove disposizioni comunitarie sono andate ad intaccarli, rendendo omogeneo ciò che era stato già adattato alle diverse esigenze degli Stati. Ognuno di quest'ultimi ha cercato di mantenere la sua peculiarità, così da non stravolgere la concezione interna: ne è un esempio il service public francese, più vicino all'idea italiana del servizio pubblico rispetto alla visione anglosassone che nel Regno Unito si ha della citizenship.

La disciplina dei SIEG ha conservato un certo grado di omogeneità nei diversi interventi comunitari di giudici della Corte di giustizia e di normativa dell'UE, e questo ha consentito di riconoscerne una certa armonia. Ciò è stato possibile nonostante le divisioni idealistiche che spesso si possono riassumere nella ben nota dicotomia tra idee liberali e visioni pubblicistiche, che si scontrano anche a livello di singolo Stato.

È necessario precisare che la Comunità Europea non parla di servizi pubblici in modo generico, ma si occupa di servizi di interesse economico generale (ovvero di SIEG). A precisazione di questa definizione, col "Libro Verde sui servizi di interesse generale" l'Unione Europea sostiene che la dizione di "servizio di interesse economico generale" riguardi, in modo particolare, alcuni servizi forniti dalle industrie di rete (si tratta dei servizi di trasporto e dei servizi postali, dell'energia e della comunicazione) estendendo poi il concetto anche alle attività economiche soggette ad obblighi di servizio pubblico. Sempre il suddetto Libro Verde sostiene che i servizi in questione sono parte dei valori condivisi da tutte le società europee, costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società e hanno l'obiettivo di migliorare la qualità di vita di tutti i cittadini e di superare l'emarginazione e l'isolamento sociale. In tal senso tali servizi stimolano la competitività e la coesione, favorendo investimenti nelle Regioni più sfavorite. Inoltre, la fornitura efficiente e non discriminatoria dei servizi di interesse generale è un requisito indispensabile per garantire il buon funzionamento del Mercato

Unico e favorire l'integrazione economica nell'Unione Europea. Si tratta quindi di quei servizi che devono essere accessibili e fruibili da parte di tutti, ovvero che devono essere erogati anche se non economicamente convenienti, concezione che coincide con la definizione di servizio universale.

Partendo da questo presupposto possiamo intuire come in ambito europeo la nozione di servizio pubblico è sostituita da una nozione più ristretta, che per certi tratti si lega a quella di servizio universale. Il concetto di servizio universale porta con sé l'obbligo di garantire un servizio anche agli utenti che altrimenti non ne godrebbero: le ragioni sono ancora una volta riconducibili al problema della convenienza economica, poiché l'operatore incaricato non riuscirebbe a coprire i costi sostenuti per l'erogazione del servizio. Invece i servizi in questione sono indispensabili poiché attengono a bisogni primari del cittadino, di tutti i cittadini.

Inoltre, con la dicitura SIEG, l'Unione Europea cerca di esaltare la concezione oggettiva di servizio pubblico, sostenendo che la natura pubblica di questo non derivi dal soggetto che lo gestisce, ma dalla capacità del servizio stesso di far fronte ad esigenze di pubblica utilità¹. In questo modo si riconosce la possibilità anche per le imprese private di esercitare una attività di erogazione dei servizi a favore della collettività, dando così applicazione al principio comunitario della libera concorrenza.

In merito a quanto esposto, ne consegue che i SIEG debbano aprirsi alla concorrenza, mettendo in essere procedure competitive ad evidenza pubblica per l'individuazione del soggetto a cui affidare la gestione del servizio.

Per una più precisa definizione del concetto di SIEG, mancante a livello di trattati comunitari, è stato lasciato ampio spazio negli anni alle normative nazionali.

In materia si è espressa dapprima la Corte di Giustizia, che ha delineato le caratteristiche dei suddetti servizi. Nella sentenza Corbeau in tema di gestione del servizio postale (Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 1993, in causa C-320/91)

¹ Cfr. F. COCOZZA, *Diritto pubblico all'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 61

la Corte riconduce i SIEG a quelli diretti a soddisfare un interesse essenziale per la collettività e prestati con i caratteri *dell'universalità*, vale a dire a chiunque ne faccia richiesta, ad un prezzo *uniforme e ragionevole*, indipendentemente dalla redditività di ogni singola operazione (servizio postale di base). Ancora in merito al Comune d'Almelo e la causa riguardante i Monopoli nazionali dell'energia (Corte di Giustizia sentenze 23 ottobre 1997, cause C-157/94, C-158/94, C-159/94 e C-160/94) la Corte ha rilevato *l'interesse generale* nella garanzia dell'approvvigionamento *continuo* di energia elettrica in tutto il territorio oggetto della concessione, a tutti gli utenti – distributori locali o consumatori finali – nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela. È superfluo sottolineare la vaghezza del concetto di interesse generale, che pertanto ha mantenuto caratteristiche di flessibilità rispetto alle diverse interpretazioni.

Solo grazie alla Commissione Europea i SIEG hanno avuto una delimitazione più chiara, nella definizione che ne è stata data di “*servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico*”². Secondo questa definizione viene messo in primo piano l'aspetto economico dei servizi: i trattati europei infatti parlano soltanto di servizi di natura economica, tralasciando un'altra categoria di servizi pubblici quali i servizi di interesse generale (SIG).

Il Trattato si concentra in particolare sui servizi di interesse economico generale, affidando la loro gestione alle imprese, secondo quanto previsto all'art.106.³ Nell'identificare il soggetto “impresa” idonea allo svolgimento di tale compito, si prescinde da come essa sia finanziata o quale sia la sua personalità giuridica, ma è importante l'economicità e la presenza di un mercato, che sia pure potenziale⁴.

² “Libro Verde sui servizi di interesse generale”, 21 maggio 2003.

³ TFUE, art.106, c.2° : “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”

⁴ Corte di Giustizia, 12 ottobre 2000, C-180/98, in *eur-lex.europa.eu*, p.24, pt. 74

È proprio l'economicità la caratteristica che permette di dare applicazione alle regole concorrenziali e alle sue conseguenti deroghe alla concorrenza, con riguardo alla pubblica utilità del servizio.

Non è escluso che un soggetto pubblico o lo Stato stesso svolga questo tipo di attività, ma deve esserci un'interesse da parte di un'impresa (che faccia parte della pubblica amministrazione o sia privata) e sia garantita ad essa almeno la copertura dei costi. Di conseguenza i servizi non economici sono individuati per esclusione, anche se non sono definiti da alcuna norma comunitaria o soft law della Commissione.

I SIG differiscono dai primi non solo per questo aspetto. A sostegno di questa tesi ci sono le caratteristiche proprie dei SIEG come l'universalità, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe e la tutela degli utenti e dei consumatori, che ne fanno presumere la mancanza di un ruolo attivo nell'economia da parte del pubblico, ruolo importante invece per i SIG.

I requisiti suddetti però non consentono comunque di definire unitariamente il concetto di servizio di interesse economico generale, in quanto appartengono ad esperienze ed ordinamenti diversi. Ne è un esempio il concetto di continuità, che risale alla tradizione francese (ovvero il principio secondo il quale il servizio sia fornito regolarmente e senza interruzioni), mentre l'accessibilità del servizio attiene al principio e alla definizione di servizio universale; d'altra parte la tutela dei consumatori, invece, consegue all'idea di matrice anglosassone di liberalizzazione.

I SIG, invece, sono servizi pubblici che prescindono dalla remunerazione e di conseguenza è necessaria la presenza del soggetto pubblico. Questo perché sono servizi di rilevanza sociale, come la previdenza e l'istruzione, che non possono essere oggetto di apertura concorrenziale. La definizione di servizi di interesse

generale (SIG) inoltre è di recente introduzione, menzionato solo nel protocollo n. 26 allegato al TFUE a seguito del Trattato di Lisbona⁵.

È importante sottolineare che la linea di demarcazione tra SIEG e SIG, in concreto, è chiaramente flessibile. Questo perché non è facile identificare una volta per tutte quali servizi non sono idonei ad essere gestiti da un'impresa, e perché anche i SIG potrebbero essere affidati al mercato, a patto di minimizzare il compito dello Stato relegandolo al ruolo di sostegno economico alle prestazioni assicurative per chi ne abbisogna e lasciando che la gestione sia affidata in regime di concorrenza.

Inoltre il concetto stesso SIEG è volontariamente elastico, poiché proprio per la sua finalità sociale si plasma sulle necessità dei diversi periodi storici o dei diversi paesi in cui viene definito.

La suddetta distinzione in ogni caso, se pur ha creato qualche perplessità o difficoltà interpretative, ha dato il via al processo di omogeneizzazione del concetto di servizio pubblico tra gli ordinamenti europei.⁶

Seguendo le indicazioni comunitarie anche l'ordinamento italiano ha voluto dare rilievo alla distinzione tra SIG e SIEG: all'art. 14 della l.n. 326/2003, infatti, il legislatore ha cambiato l'originale espressione "servizi a rilevanza industriale" con quella di "servizi a rilevanza economica", più conforme alla definizione sovranazionale. In questo modo, però, si è creato un pericoloso dualismo interpretativo riguardo le due definizioni che coesistono, l'una nazionale e l'altra comunitaria, di servizi a contenuto economico. La differenza non è così intuitiva e chiara e questo ha portato a dubbi su quale delle due definizioni fosse idoneo usare di volta in volta. D'altra parte, l'aspetto più rilevante che è la distinzione tra

⁵ La nozione di SIG è menzionata nel protocollo n. 26 allegato al TFUE, oltre che nell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si veda Protocollo n.26, art.2 "*Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico*".

⁶ F.CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in www.federalismi.it, 30 maggio 2012

i servizi a rilevanza economica ed i servizi a rilevanza non economica, non sembra discostarsi dalla ratio comunitaria: infatti anche in Italia se i servizi a rilevanza economica sono in grado di generare un profitto per i soggetti che li gestiscono, i servizi che non hanno rilevanza economica non risultano essere attraenti per i potenziali gestori privati, e quindi necessariamente sono gestiti dallo Stato.

Per quanto riguarda l'Italia, la definizione SIEG coincide ormai con quella di servizio pubblico dopo l'intervento della l.n.481/1995 che parla dei servizi di pubblica utilità come quelli regolati secondo le indicazioni della normativa comunitaria in materia, oltre che dagli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. I servizi di interesse generale non possono comunque prescindere dall'essere regolati e organizzati dal soggetto pubblico: è l'amministrazione pubblica che è responsabile per questi servizi che ricadono nella sua sfera soggettiva.

La gara ad evidenza pubblica è la procedura più ovvia per l'affidamento dei SIEG, secondi cui è possibile specificare in un bando di gara i limiti minimi di qualità del servizio e le caratteristiche necessarie per il futuro gestore. Il ruolo del pubblico è di conseguenza concepito come residuale, ovvero un ruolo sussidiario al privato, qualora non adempia ai suoi obblighi presi nei confronti dell'amministrazione.

Si nota come sia sussidiario rispetto all'iniziativa degli Stati membri, d'altra parte, il ruolo dell'Unione Europea che lascia a questi ultimi la gran parte delle decisioni in materia di SIEG: lo si può dedurre dalla incertezza nel definire i SIEG in maniera precisa e ben delineata.

Principio cardine rimane comunque la libertà di concorrenza: infatti è importante assicurare che non vi siano distorsioni negli scambi a meno che non risultino indispensabili alla realizzazione dell'obiettivo dell'interesse generale, secondo il principio di proporzionalità.

Senza alcun dubbio, per poter garantire l'applicazione di tali principi, la Corte di Giustizia Europea si è trovata ad emettere pronunce che hanno avuto un peso

rilevante sulle successive scelte normative nazionali e sulla giurisprudenza amministrativa interna.

Se la regola prevede che i servizi di interesse economico generale debbano essere assoggettati a questi principi, bisogna rilevare come l'in house rappresenti l'eccezione al principio di concorrenza e all'applicazione delle direttive appalti.

L'espressione in house providing si identifica con il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. L'autoproduzione consiste nell'acquisire un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere ad altri soggetti tramite gara, ovvero tramite l'esternalizzazione, dunque senza il passaggio obbligatorio sotto la supervisione del mercato.

Si evince perciò l'apparente estraneità ai principi generali del diritto comunitario. Nonostante questo, anche l'in house providing ha trovato appoggio e ragion d'essere nel Testo della Comunità Europea (ora Testo sul Funzionamento dell'Unione Europea) che all'articolo 106 (ex art. 86 TCE) stabilisce che le imprese che erogano SIEG:

“sono sottoposte alle norme dei trattati e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”⁷

È peculiarità dei SIEG prevedere un limite alla norma: è in nome della missione di pubblico interesse che è prevista una disciplina che attenui le regole concorrenziali se non, in alcuni casi, preveda una deroga alle suddette norme.

La rilevanza del tema dei SIEG nell'ordinamento comunitario è valsa ad affrontare la questione non solo da una prospettiva unicamente orientata alla tutela della concorrenza, interpretando l'articolo 86 par. 2° del trattato CE come norma volta regolare le dinamiche intercorrenti tra disciplina ordinaria, preposta alla tutela

⁷ Trattato Istitutivo CE, art.86 c.2°

delle libertà economiche, ed il regime speciale, quale garanzia delle esigenze di interesse generale.

In questo modo sono stabilite le modalità, ovvero i limiti e le forme, in cui lo Stato membro può distribuire tra sé medesimo ed il mercato quelle prestazioni che sono destinate ad una fruizione diffusa e continua nella collettività.

L'art.86 TCE non è l'unico ad aver lasciato una qualche libertà di scelta in merito alla gestione dei servizi economici di interesse generale, infatti anche l'art 49 TCE (ora art.56 TFUE) e l'art.14 TFUE attribuiscono ai singoli Stati e alla loro normativa la scelta delle modalità ritenute da essi più idonee, lasciando così spazio anche all'attribuzione interna, ovvero all'autoproduzione o a società miste.

In coerenza con quanto detto, la definizione del servizio pubblico e dell'affidamento non può più costituire un'operazione ad esclusivo appannaggio degli ordinamenti nazionali, ma è necessaria una verifica da parte delle istituzioni comunitarie della legittimità delle deroghe alla concorrenza nel rispetto dei principi di sussidiarietà, attribuzione e proporzionalità.

Il potere dello Stato membro di definire servizi di interesse economico generale non è peraltro illimitato e non può essere esercitato in maniera arbitraria. Il controllo comunitario in ogni caso è pur sempre limitato ai casi evidenti di volontà di elusione delle regole concorrenziali.

Non bisogna trascurare il fatto che la volontà dei pubblici poteri a livello nazionale è espressa attraverso una valutazione non troppo vincolata da alcun limite, ma che appare inevitabile ai fini della delimitazione dell'area dei servizi di interesse generale, in nome del principio di sussidiarietà che ancora riveste un ruolo cardinale all'interno dei Trattati.

All'Unione Europea resta la valutazione e il riconoscimento di ciò che viene definito errore manifesto, che riguarda sia i casi in cui non sono stati individuati correttamente i servizi di interesse economico sia i casi in cui si è cercato di aggirare la regola del mercato, sia pur in parte.

La Commissione europea a tal proposito dichiara, in maniera attinente al ruolo ,se pur limitato, di controllo da parte dell'UE, "non opportuna" l'attribuzione di un servizio in modo diretto qualora potesse essere fornita adeguatamente e in maniera soddisfacente sul mercato.⁸

La ragione per evitare la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di servizi pubblici si trova proprio nella missione di interesse generale, la cui sussistenza è stata posta sotto la lente della Corte di Giustizia⁹.

La logica che sottende all'intero TFUE è di tipo collaborativo rispetto sia agli Stati membri che alle stesse autorità locali: infatti, come già accennato, il suddetto trattato lascia che il ruolo di attuatori dei principi sia attribuito agli Stati membri, riconoscendo loro una partecipazione attiva nel funzionamento dell'Unione¹⁰.

L'Unione Europea si riserva di dettare una disciplina di carattere generale dei servizi pubblici locali a rilevanza economica attraverso lo strumento del regolamento, come previsto dall'art. 14 del TFUE. Il regolamento comunitario ha lo scopo di fissare principi e requisiti economico-finanziari dei servizi, non di individuare le attività comprese nella definizione SIEG. Ne consegue che per l'identificazione di tali servizi il legislatore interno non debba porre tanto attenzione al tipo di attività, quanto alla modalità di erogazione scelto.

In ogni caso, il fatto che venga sottolineata l'importanza del metodo con cui si opti per il gestore, non deve far dimenticare il carattere economico e sociale di questi servizi, che rimane un requisito necessario per la loro identificazione . Sarà quindi

⁸ Comunicazione della Commissione, 2012/C 8/02, punti 47-48

⁹ Corte di Giustizia, 18 giugno 1998 , n.C-266/96, causa Corsica Ferries, in *eur-lex.europa.eu*, p.16, pt.42.

¹⁰ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Il Mulino, 2005, p. 35 – 37, sottolinea come, se da una parte si sia avviata una tendenza del regime dei servizi pubblici locali che punta alla liberalizzazione, dall'altra i significativi margini di autonomia dei singoli Stati danno vita ad una differenziazione delle diverse esigenze nazionali che potrebbero ostacolare il funzionamento della concorrenza.

necessario equilibrare la tutela del principio di concorrenza con la tutela degli obiettivi a sfondo sociale dei servizi di interesse economico generale.

E' necessario e sufficiente che sia effettivamente presente un interesse generale e non, quindi, un interesse privato. D'altra parte, non è strettamente necessario che sia equiparato ad un servizio universale, ovvero sia ad un servizio che deve essere erogato a tutta la collettività ad un prezzo accessibile in maniera continua.

Se queste caratteristiche necessarie per il suddetto tipo di servizi si possono ritenere soggettive, è imposta, d'altra parte, la presenza di un elemento oggettivo: è necessario che l'autorità pubblica attribuisca formalmente, tramite un atto, la missione di interesse generale cui è preposta l'impresa. La necessità che l'impresa incaricata della gestione sia investita di tale compito attraverso un atto proveniente dalla pubblica autorità è riconducibile alla doverosità dell'erogazione del servizio.¹¹ Nell'ambito dell'ordinamento interno ci si può riferire più precisamente ad una riserva pubblica con lo scopo di servire i bisogni della collettività con conseguente apertura all'ipotesi di eludere l'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza (Consiglio di Stato, Sezione IV, 30 maggio 2005, n. 2795). In sostanza dunque è necessaria la verifica di un formale assoggettamento dell'attività ad esigenze di natura collettiva le quali devono essere individuate necessariamente dal soggetto pubblico.

Solo la combinazione di elementi oggettivi e soggettivi fa sì che i SIEG siano meritevoli di tutela rispetto alle normali attività imprenditoriali, generalmente sottoposte alle regole di libera concorrenza.

Ma non solo la tutela della portata generale degli interessi in gioco è lo spirito che ha mosso il diritto europeo. La legittimazione delle deroghe alla concorrenza sono il modo in cui il legislatore sovranazionale ha cercato di superare il problema dell'inosservanza del principio di procedura di gara ad evidenza pubblica: ha introdotto, per esempio, la nozione di “organismo di diritto pubblico”.

¹¹ Corte di giustizia, 14 luglio 1981, C-172/ 80, causa Zuchner v. Bayerische Vereinsbank, in *eur-lex.europa.eu*, p. 8, pt.7

Gli Enti pubblici, di frequente, continuavano infatti ad avvalersi di società in apparenza private, ma interamente controllate, senza ricorrere a procedure di gara. Nel tentativo di ridurre questi casi fuorilegge l'Unione Europea ha deciso di prevedere espressamente delle deroghe lecite rispetto alla regola generale. Con il concetto di "organismo di diritto pubblico", per esempio, si intende tutti i casi in cui una società apparentemente privata è partecipata in larga maggioranza da uno o più enti pubblici.

Lo stesso concetto, peraltro, sembra potersi collocare sotto l'elastica definizione di società in house, ovvero una figura soggettiva con cui il legislatore ha nella sostanza voluto attrarre nell'ambito della committenza pubblica tutti quei soggetti che collaborano all'assolvimento di funzioni pubblicistiche.

Il tema è di natura trasversale, poiché nell'accettazione del fenomeno in house come deroga si legano numerose questioni che spesso esulano da temi prettamente economici e si legano a dibattiti di natura politica, sociale e giuridica. In primo luogo è rilevante sottolineare la complessità della disciplina in house, visto che sul fenomeno in questione si sono susseguite disposizioni e sentenze di diritto amministrativo e societario, sia a livello nazionale che (e soprattutto) a livello comunitario. Le politiche degli Stati, poi, si sono inevitabilmente occupate del rapporto degli Enti locali con il mercato nell'ambito del più ampio tema qual è la gestione dei servizi pubblici.

La scelta della gestione in house rappresenta esercizio della autonomia dell'amministrazione che attraverso un provvedimento sceglie di non esternalizzare il servizio pubblico o l'appalto ma costituisce un soggetto che in sostanza coincide con l'amministrazione stessa. La complessità di questa particolare fattispecie, cui è stato già accennato sopra, estende il problema della disciplina e della funzionalità dei servizi pubblici e si lega alla materia degli

appalti: questo appare evidente sin dalle prime pronunce della Corte di Giustizia che si occupavano di questa forma di gestione.¹²

Seguendo questo filone, il fenomeno in house è stato sempre affrontato e disciplinato a livello europeo tenendo conto del particolare profilo dell'istituto che si ispira a diverse tradizioni degli Stati membri.¹³

1.1.2 La nascita dell'in house dal Libro Bianco alla sentenza Parking Brixen

L'in house providing, così come oggi è conosciuto, è un istituto di recente invenzione e definizione che ha significato il superamento delle vecchie forme pubbliche di gestione del servizio. Nonostante sia stato introdotto da relativamente pochi anni, è già stato oggetto di rilevanti e numerosi interventi giurisprudenziali e normativi che lo hanno definito nel tempo e alternativamente delegittimato e rafforzato.

Per poter analizzare l'istituto dell'in house providing nell'ordinamento giuridico italiano è necessario premettere che, anche se è stato accolto e riconosciuto dal nuovo Codice degli Appalti, lo stesso trova il suo principale fondamento nell'ordinamento comunitario, che a partire dagli anni Novanta si è occupato del tema in questione.

Al fenomeno dell'"in house contract" si fa, infatti, espresso riferimento, per la prima volta, in ambito comunitario, nella Comunicazione della Commissione (98)

¹² Si può riscontrare questa doppia problematica sin dalla sentenza Teckal, pronuncia basilare per la ricostruzione del fenomeno in house e la sua evoluzione nel tempo. La sentenza in questione si occupava principalmente di una controversia sul tema degli appalti.

¹³A. VIGNERI, *Le nozioni, i sieg e l'autonomia locale*, in *Società pubbliche e servizi locali*, (a cura di) F. BASSANINI, Astrid, marzo 2016

143, ovvero il Libro Bianco sugli appalti pubblici dell'Unione Europea del 1998.¹⁴ Il suddetto documento faceva seguito e chiariva alcune questioni interpretative lasciate in sospeso dal Libro Verde del 1996: tra queste figurava appunto la definizione di appalti in house.

Il Libro Bianco del '98 si rivolgeva a questo nuovo istituto sottolineando di limitarsi, tra le diverse tipologie, a “quelli aggiudicati all'interno della Pubblica Amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata”¹⁵.

Come già anticipato, l'utilizzo dell'in house providing si pone come uno strumento alternativo alla procedura di appalto pubblico per l'acquisizione di beni e servizi: in pratica, è la forma di gestione attraverso cui la pubblica amministrazione, invece di reperire all'esterno tali beni e i servizi di cui necessita, li autoproduce al suo interno tramite il modello organizzativo in house.

Non bisogna credere, d'altra parte, che l'in house providing sia un istituto totalmente sconosciuto prima degli anni novanta, creato ed elaborato interamente a livello sovranazionale. In realtà si tratta di una specifica fattispecie del fenomeno largamente utilizzato e da sempre esistente dell'autorganizzazione amministrativa già presente da tempo in diversi ordinamenti giuridici dei singoli Stati Europei, compreso il nostro. Ne sono un famoso esempio Stadtwerke (termine traducibile con municipalizzate) in Germania (e in altri paesi come Austria, Olanda Danimarca ecc.) e delle società pubbliche locali (Legge sulle SPL del 2010) in Francia, che operano sempre più spesso in una pluralità di ambiti (dall'acqua all'energia, dai trasporti urbani all'edilizia sociale, dalla progettazione alle gestioni

¹⁴ Si veda C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 511, nota 46. Si veda anche L. CUOCOLO, *La Corte Costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Gior. Dir. Ammin.*, 25 maggio 2011, p. 491 – 493, che riconosce l'origine comunitaria dell'istituto e cfr. G.GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, Giuffrè, 2009, p. 1 – 2, per il quale la nascita di tale concetto si deve al Libro Bianco del 1998, se pur sarà delineato definitivamente dalla sentenza Teckal.

¹⁵ Libro Bianco "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", COM (98) 143 def., 1.3.1998, punto 2.1.3, p. 11, nt. 10.

dei rifiuti e dei parchi ecc.) e che sono divenute centrali nella vita di molti territori degli Stati membri prima della disciplina comunitaria.

L'istituto dell'in house providing nasce nell'ordinamento inglese, per riferirsi ad una figura contrapposta al contracting out, nell'ipotesi in cui l'amministrazione pubblica scelga di rivolgersi al suo interno rispetto ad affidare a terzi la produzione ed erogazione di beni e servizi.

Nel Regno Unito infatti, il soggetto delegato al providing secondo lo strumento in house, oltre a subire la concorrenza di soggetti privati che non ricadono nella sfera amministrativa pubblica, rappresenta uno strumento di raccordo tra la determinazione della quantità e qualità del rifornimento di cui necessita l'ente pubblico e il modo in cui quest'ultimo decide di far fronte e gestire ciò di cui necessita. Si può comprendere come in origine nell'ordinamento inglese l'istituto dell'in house non prevedesse un rapporto di tipo contrattuale tra gestore e amministrazione: questo è accolto dal concetto comunitario che, come riportato sopra, parla espressamente dell'in house come di un qualcosa che esula dalla fattispecie del contratto. La questione non è di poco conto, poiché la normativa europea in tema di contratti pubblici non trova applicazione qualora manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti¹⁶.

A partire da questa non trascurabile differenza, il diritto comunitario si è sempre più interessato di definire con precisione questa forma di gestione.

Le prime basi sono state gettate dalle cause Arnhem¹⁷ e RI.SAN.¹⁸ nelle quali hanno giocato un ruolo essenziale rispettivamente gli Avvocati Generali La Pergola ed Alber. Grazie a quest'ultimi sono stati individuati gli indici della dipendenza tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società aggiudicataria oltre che i caratteri idonei a configurare quel rapporto di delega interorganica, in presenza dei quali è possibile procedere all'affidamento diretto di un appalto.

¹⁶ A.CALLEA-V.CARIDI, *Rapporto sugli affidamenti in house*, in www.foromez.it, ottobre 2007, p.1 ss.

¹⁷ Corte di Giustizia, 10 Novembre 1998, Causa C-360/96, in curia.europa.eu.

¹⁸ Corte di Giustizia, 9 Settembre 1999, causa C-108/98, in curia.europa.eu.

Nelle sentenze in esame sono stati definiti gli estremi di un cosiddetto vincolo interorganico tra amministrazione responsabile dell'aggiudicazione e soggetto aggiudicatario: è strettamente necessario un rapporto di dipendenza finanziaria e un legame speculare sotto il punto di vista organizzativo e gestionale, indice di una dipendenza amministrativa. Grazie a questi precetti si è iniziato a contemplare la possibilità di affidare un servizio direttamente.

Di contratto, in verità, non si parla nemmeno nella causa Arnhem c. BFI Holding, laddove il sopracitato Avvocato Generale fornisce una ricostruzione del caso prima delle conclusioni: nel caso in esame l'avvocato dichiarava l'insussistenza di un rapporto parificabile ad un contratto d'appalto, a causa della mancanza di un vincolo di terzietà tra le parti in questione.

Nel caso in questione era dimostrabile, secondo l'Avvocato generale, la non sussistenza di un rapporto di terzietà tra le amministrazioni coinvolte e la società che era stata costituita da quest'ultime: questo basta per esulare dalla definizione di contratto, in particolare da ciò che può essere considerato un contratto di appalto.

L'art. 45 e 86 del Trattato, infatti, lasciano all'amministrazione la scelta tra rivolgersi all'esterno o affidarsi ad una delegazione interorganica, sempre nel rispetto dell'efficienza, efficacia ed economicità.

Un collegamento amministrativo e finanziario con l'aggiudicatore è sintomo di un rapporto parificabile ad una delega, che esprime il controllo di quest'ultimo sulla delegata.

La necessità di un rapporto interorganico regolato tramite una delega dell'ente aggiudicatore, è stato sottolineato in occasione della causa RI.SAN. S.r.l.: sentenza del 9 settembre 1999 che coinvolgeva la società RI.SAN. Srl contro il Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA e Ischia Ambiente SpA. Le questioni in merito riguardavano la libertà di stabilimento, di prestazione di servizi e l'organizzazione del servizio di raccolta dei rifiuti.

La causa in questione si poneva il problema di risolvere l'incertezza in merito alla sussistenza di un legame che faccia presupporre un controllo sull'ente affidatario,

dopo che era stata costituita una società partecipata in parte da una società pubblica e in parte dall'ente che aveva provveduto alla sua costituzione; in un secondo momento con un'altra delibera era stato affidata direttamente alla società in questione la gestione dei rifiuti solidi urbani, eludendo la procedura comunitaria di aggiudicazione del servizio . Alber, l'avvocato generale, definiva quali fossero le condizioni o caratteristiche necessarie per poter definire come delega tra organi all'interno della stessa amministrazione il rapporto tra aggiudicatore e affidatario. Questo aveva una connotazione ancor più rilevante poiché ci si domandava se questo tipo di controllo fosse assimilabile e riconducibile alla definizione di rapporto in house all'Ente locale.

Nel caso in questione, già a partire dal fatto che la società sotto esame fosse partecipata nella sua totalità dallo Stato, lasciava presupporre, prima ma ancora di esaminarne le caratteristiche del tipo di relazione intercorrente, un controllo parificabile ad un rapporto in house: il Comune di Ischia deteneva infatti il 51% del capitale sociale della Ischia Ambiente S.p.A., mentre il 49% era detenuto dalla GEPI S.p.A. che a sua volta era controllata al 100% dallo Stato.

Questa ultima presunzione, che scaturiva da un primo esame da parte dell'avvocato generale, non era dimentica della insufficienza della prova per la sussistenza di in house providing: è necessario infatti un collegamento di tipo finanziario e amministrativo, che non era dimostrabile, secondo quanto sostiene la Corte.¹⁹

Quest'ultima non ha ritenuto sufficienti le prove proposte per configurare un rapporto “in house” tra ente pubblico e società di gestione, ma ha sottolineato la necessità di accertare la presenza di un'attribuzione di compiti fra organi al fine di constatare l'esistenza di un servizio “in house”.

¹⁹ “né l'ordinanza di rinvio né le osservazioni scritte forniscono alla Corte gli elementi di fatto e di diritto che le consentirebbero di interpretare le altre norme del Trattato, in particolare le norme in materia di concorrenza, relativamente alla situazione creata dalla scelta, senza previa gara d'appalto, della GEPI in qualità di socio in una società a prevalente capitale pubblico locale avente ad oggetto la gestione del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani. Di conseguenza la Corte non è in grado di fornire una soluzione utile alla seconda questione.” Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, causa C-108/98, in *curia.europa.eu.*, p.10, pt.26.

Queste considerazioni da parte dell'avv. S.Alber non sono state accolte nel caso in questione da parte della Corte, ma comunque hanno rappresentato un passo avanti fondamentale che ha fatto da punto di riferimento alla preparazione dell'iter argomentativo della successiva sentenza Teckal.

In sintesi, possiamo individuare, come filo conduttore delle sentenze analizzate, la volontà dei giudici di ribadire l'aspetto derogatorio della disciplina in esame, sebbene fosse ammessa a determinate condizioni che si andavano sempre più definendo²⁰.

La giurisprudenza europea, infatti, ha sviluppato ulteriormente il concetto di “in house providing”, alla luce di quanto dichiarato nelle sentenze già menzionate e nelle analisi degli Avvocati Generali. Nella fattispecie, la prima vera definizione dei tratti qualificanti di questo tipo di affidamento si è avuta con la sentenza Teckal. Il tema affrontato da quest'ultima sentenza consiste in quale fosse la natura del rapporto tra ente pubblico e società affidataria, partecipata dallo stesso: la questione è rilevante perché si possa definire legittimo o meno il diretto affidamento del servizio.

La sentenza si pronunciava su un caso italiano di affidamento diretto di un servizio locale, impugnato successivamente davanti al TAR dall'impresa Teckal .

Il caso consisteva nella risoluzione del contenzioso tra la società Teckal S.r.l. e il comune di Viano . ²¹La Teckal S.r.l. aveva impugnato la delibera di affidamento per non aver rispettato la procedura di aggiudicazione a evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti. Il giudice chiedeva alla Corte, tramite ordinanza, se la normativa sugli appalti fosse applicabile nel caso in esame.

Con la sentenza in questione la Corte di Giustizia si pronuncia sulla questione pregiudiziale riguardante l'interpretazione dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE. Il

²⁰G.URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it , 4 maggio 2012, p.1 ss.

²¹ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98, in curia.europa.eu.

problema si era sollevato in merito ad una controversia per l'affidamento diretto della gestione del servizio di riscaldamento e fornitura dei combustibili necessari per alcuni edifici di proprietà del comune. Non era stata bandita una gara da parte dell'ente locale, ma era stato affidato ad un consorzio costituito da diversi comuni (tra cui l'amministrazione aggiudicatrice) per la gestione dei servizi di energia e ambiente.

Il primo quesito che veniva sottoposto alla Corte di Giustizia riguardava l'incertezza su quale fosse la direttiva europea su cui fare ricorso per la soluzione della controversia: in particolare, veniva interrogata se la normativa cui fare riferimento fosse la direttiva 92/50/CEE sugli appalti pubblici di servizi oppure la direttiva 93/36/CEE sugli appalti pubblici di forniture.

Nel primo caso, si poneva la questione se l'affidamento fosse assimilabile alla deroga prevista dall'art. 6 della direttiva 92/50/CEE. Il problema, infatti, era se il consorzio potesse essere definito amministrazione aggiudicatrice secondo quanto disposto dagli artt. 6 ed 1, lett. b) della suddetta direttiva. L'opinione della Corte era che si dovesse far riferimento principalmente alla seconda direttiva tra quelle citate, ovvero la Direttiva 93/36/CEE, alla luce della natura dell'attività prevalente svolta dal consorzio.

La suddetta direttiva però non comprendeva una norma che resolvesse il problema della sussistenza di un rapporto contrattuale tra aggiudicatore e consorzio, per poter poi applicare la direttiva 93/36/CEE, questione risolvibile, invece, con l'applicazione dell'art. 6 della 92/50/CEE. La Corte ha risolto in maniera affermativa il quesito applicando l'art.1, lett.a Direttiva 93/36/CEE: ai sensi della norma si può parlare di contratto solo se stipulato da due personalità giuridiche distinte, nella fattispecie da l'ente locale e da una società. Pertanto la normativa comunitaria sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture è applicabile ove l'amministrazione intenda stipulare un contratto a titolo oneroso (avente a oggetto la fornitura di prodotti) con un ente giuridicamente distinto, a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia a sua volta un'amministrazione o meno.

Nelle precedenti pronunce la Corte aveva affrontato il tema solo in via incidentale, ma è stato possibile, invece, trarre più utili ragionamenti e analisi sul tema dalle conclusioni degli Avvocati Generali. L'Avvocato Generale La Pergola nel caso Arnhem aveva rilevato come fossero necessariamente indistinguibili l'ente o gli enti aggiudicatori dalla società incaricata del servizio, data la presenza del vincolo di dipendenza economica.

Nel secondo caso già analizzato (caso Ri.San), l'Avvocato Alber sottolineava invece che il fatto che la società del caso fosse una società per azioni non esclude che essa faccia parte della pubblica amministrazione, aggiungendo che è compito del giudice nazionale verificare che la società affidataria faccia parte della stessa amministrazione aggiudicatrice.

Alla luce di quanto detto e alla luce di queste considerazioni, la Corte, durante la sentenza Teckal, provava ad enucleare ed elencare le nuove caratteristiche che potessero chiarire se fosse legittima l'applicabilità della disciplina sugli appalti.

Innanzitutto ribadisce che le stringenti disposizioni in tema di contratti pubblici non sono applicabili ogniquale volta manchi un rapporto contrattuale tra le due entità. La Corte di Giustizia si è espressa in via pregiudiziale sostenendo che è possibile ricorrere all'affidamento diretto se c'è identità tra affidante e affidatario²².

Secondo la Corte è compito del giudice nazionale verificare se sussista o meno un legame tra amministrazione e società parificabile ad un contratto, a meno che l'ente locale non mantenga un controllo "analogo" a quello che esercita sui servizi erogati dall'ente stesso.²³

Una di queste novità è sicuramente il concetto di controllo analogo: affinché si possa parlare di affidamento in house veniva posta come condizione la sussistenza

²² M. VIGNOLO, Affidamento in house, in *www.lamministrativista.it*, 9 febbraio 2016, p.3

²³ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, in *curia.europa.eu*, p.16, pt.50: "caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"

di un controllo analogo a quello che l'amministrazione esercitava sui propri servizi. A questo si aggiungeva la condizione secondo la quale ci dovesse essere un rapporto basato sul fatto che l'attività della società affidataria del servizio fosse prevalentemente rivolta verso l'ente locale.

È necessario, continua la Corte, che si verifichino entrambe le condizioni per poter derogare dalla applicazione della disciplina degli appalti pubblici. D'altra parte la distinzione apparente tra i due organismi non è sufficiente per applicare la suddetta disciplina se in presenza di controllo analogo e attività prevalente. In tal caso l'affidante non è autonomo sul piano decisionale.

Secondo l'impostazione della Corte di Giustizia, se sono riscontrabili i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente, è possibile escludere la possibilità di un rapporto tra soggetti distinti e quindi di un rapporto contrattuale. Questo perché la relazione che si instaura è mancante della caratteristica di terzietà.

È necessario, in ogni caso, che sia giudicata di volta in volta l'effettiva presenza di un controllo analogo a quello da esso stesso esercitato sui propri servizi, che si traduca in assenza di autonomia del prestatore.

Appare evidente, dunque, come sia necessaria una analisi basata su dati e fatti concreti e di natura funzionale, tralasciando quegli aspetti formali che potrebbero far apparire diversi dalla realtà i rapporti di forza e le relazioni organizzative in questione.

I suddetti criteri vengono menzionati nella sentenza Teckal senza, però, definire esplicitamente e chiaramente cosa si possa intendere per controllo analogo e attività prevalente. La regola, appena accennata, proposta nella sentenza, infatti, non è né precisa né chiara.

In questo modo, nella pratica, non è stato possibile né tantomeno agevole applicare queste disposizioni e riconoscere i criteri citati sopra.

Innanzitutto la Corte ha individuato in negativo le caratteristiche necessarie sulla base dei quali le Amministrazioni Pubbliche possono ricorrere all'affidamento del

servizio senza seguire le procedure previste dalle direttive comunitarie, ovvero la gara pubblica. Tra i vari dubbi sorti c'era, per esempio, l'incertezza sul se e sul come fosse identificabile un controllo analogo e se nella sentenza si parlasse di una analogia col controllo esercitato dall'ente sui propri servizi piuttosto che sui propri uffici²⁴.

Inoltre, non era ben chiaro quale potesse essere il tipo di società del soggetto affidatario: se si potesse trattare di una società di capitali o se questa possibilità fosse esclusa a causa dell'elevato grado autonomia garantito, in ogni caso, dal tipo di personalità giuridica rispetto al socio di maggioranza. Questi dubbi sono dovuti al fatto che la sentenza Teckal non prevedesse nulla più della conferma riguardo alla possibilità di un affidamento diretto.

A partire dalle conclusioni della sentenza Teckal, sono stati nuovi casi e sentenze che successivamente hanno sviluppato, in modo migliore e in modo più esaustivo, il concetto e le caratteristiche dell'in house providing.²⁵

Ne sono un esempio le conclusioni formulate dall'Avvocato Generale Léger in occasione della sentenza Arge²⁶, che propongono una prima interpretazione, in sede di giudizio, della sentenza Teckal: in particolare l'Avvocato si concentra principalmente sui limiti e limitazioni entro i quali fosse possibile ricorrere all'in house, ovvero sul confine dentro cui ricade la responsabilità e il controllo dell'amministrazione pubblica.

Nello specifico, l'Avvocato Generale sosteneva che se un'Amministrazione esercita sul soggetto affidatario del servizio un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, tale rapporto è parificabile a tutti gli effetti ad un rapporto regolato tramite una delega. Di conseguenza, viene ribadita

²⁴ In tema di controllo analogo cfr.F.BUONANNO, *Servizi pubblici locali: appalti in house e rispetto delle regole UE su concorrenza*, in www.altalex.com, 1 luglio 2004, in cui l'autore auspica nuovi interventi della Corte di Giustizia affinché sia specificato meglio (e in concreto) il concetto di controllo.

²⁵ In merito alla sentenza Teckal e alle successive pronunce comunitarie si veda A.SONCINI, *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Dir. com. sc. int.*, 2007, p.281-317.

²⁶ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-94/99, in curia.europa.eu.

l'insussistenza di un vincolo di altro tipo, men che meno contrattuale, e la mancanza di quel grado di autonomia che avrebbe permesso al gestore di essere distinto nettamente dall'amministrazione pubblica. Ma questo è possibile a patto che solo l'amministrazione che beneficia dei servizi dell'affidatario, e nessun altro soggetto, possa influenzare così fortemente il secondo.

Non è, d'altra parte, sufficiente la presenza di un legame di dipendenza dell'amministrazione pubblica per considerare le due parti coinvolte nella procedura di aggiudicazione come organismi distinti, se l'attività dell'affidatario è rivolta prevalentemente nei confronti dell'ente o enti pubblici che lo controllano.

Riguardo all'attività prevalente, il suddetto requisito è rinvenibile nell'esclusività del legame tra affidante e affidatario, che si traduce nell'erogazione dei servizi a favore esclusivo di quest'ultimo. D'altra parte L'Avvocato Generale sostiene che l'autonomia dell'ente affidatario è sempre garantita se la maggioranza dell'attività svolta è rivolta verso altri soggetti diversi dall'amministrazione, facendo venir meno la presunzione dell'esistenza di un controllo da parte dell'ente affidante²⁷.

La similarità tra le caratteristiche della procedura di aggiudicazione degli appalti e le concessioni, hanno spinto la Corte di Giustizia ad estendere le disposizioni dell'in house providing nei casi e nelle controversie riguardanti le concessioni di servizi pubblici. Le due fattispecie, infatti, differiscono soltanto nel compenso corrisposto per la prestazione del servizio²⁸.

Nonostante che le concessioni non fossero contemplate dalle direttive comunitarie nn. 92/50 e 93/38, con la sentenza sul caso Teleaustria²⁹, la Corte di Lussemburgo ha avuto modo di andare più avanti soffermandosi sull'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice: consiste nel garantire, in favore di ogni

²⁷ G.GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461-1469.

²⁸ G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i cd. "affidamenti in house"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 3-4, p. 945 e ss.

²⁹ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98, in *curia.europa.eu*

potenziale offerente, il controllo sul principio di non discriminazione nel corso delle procedure di aggiudicazione, nonché un adeguato livello di pubblicità a garanzia della concorrenza. La quale pubblicità deve espressamente essere intesa nel senso più restrittivo, ovvero quanto basta per garantire pari condizioni ai partecipanti all'affidamento. Come già sottolineato dalla sentenza Teckal, l'in house providing è concepito com'è un'eccezione.

Gli ulteriori tasselli individuati dal caso Teleaustria, si sono rivelati preziosi in merito alla successiva sentenza denominata Parking Brixen.

Procedendo, però, in ordine cronologico, le posizioni della giurisprudenza comunitaria in occasione del caso Teckal sono stati ribadite dalla stessa Corte di Giustizia nella successiva sentenza che, ha contribuito ulteriormente alla identificazione della figura dell'in house providing. Si tratta del caso Stadt Halle.

La causa c.d. "Stadt Halle"³⁰ ha rappresentato un importante passo in avanti nella definizione, in concreto, dei criteri per l'identificazione del cosiddetto controllo analogo. La corte di Lussemburgo si era pronunciata sulla questione, già affrontata in passato, se fosse legittimo il fatto che soggetto aggiudicatore contraesse direttamente con una società partecipata (in maniera maggioritaria) e quindi in contrasto contro quei principi di libera circolazione dei servizi dettati dalla direttiva 92/50/CEE.

Il caso in questione riguardava la decisione della città di Halle di affidare direttamente (senza fare ricorso a procedure ad evidenza pubblica) alla società RPL Lochau, società indirettamente partecipata dalla città di Halle e in misura minoritaria di proprietà di una società privata, il compito di elaborare un progetto di costruzione di un impianto tecnico di smaltimento e valorizzazione dei propri rifiuti urbani residuali. Inoltre, l'amministrazione stessa, aveva intenzione di affidare alla RPL Lochau anche un'altro servizio, ovvero lo smaltimento dei rifiuti.

³⁰Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, n. 2603, C-26/03, in *curia.europa.eu*

L'impugnazione delle delibere dell'ente locale era stata fatta da un'operatore interessato al servizio in questione, la TREA Luna. Il giudice amministrativo, riteneva che l'interesse legittimo della TREA Luna fosse leso, anche se solo potenzialmente. L'impugnazione era, peraltro, legittima anche in assenza dell'effettivo avvio di una procedura di appalto, poiché era sufficiente la potenziale lesione del diritto soggettivo dell'operatore.

L'autorità amministrativa, inoltre, sosteneva che non si potesse accettare l'affidamento diretto giustificato apparentemente dall'in house providing a causa della partecipazione al capitale sociale dell'affidataria da parte di un'impresa privata.

A questa sentenza fece seguito l'impugnazione davanti all'autorità amministrativa di secondo grado della città di Halle e della RPL Lochau : la decisione fu quella di rimettere la soluzione delle questioni sollevate al giudizio della Corte di giustizia.

Nello specifico veniva richiesto alla Corte di Lussemburgo se fosse legittima l'impugnazione dell'operatore TREA, dato che la procedura di aggiudicazione non era stata ancora avviata, e, inoltre, se si potesse ritenere legittimo l'affidamento diretto, da parte dell'amministrazione pubblica, a favore di una società che presentava le caratteristiche viste in precedenza.

In merito a questa seconda questione, più rilevante ai fini della presente analisi, deve essere chiarito il motivo per cui il caso in questione presenta caratteristiche peculiari, che lo diversificano, per esempio, dalla sentenza Teckal.

La città di Halle era proprietaria unica della società direttamente controllata Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle MbH, che possedeva il 100% della società Stadtwerke Halle gmbH, la quale a sua volta deteneva la maggioranza (75,1%) del capitale sociale della RPL Lochau. Quest'ultima, in misura minore, era partecipata da un'impresa privata.

Si trattava, quindi, di una partecipazione mista pubblico-privata: il privato, chiaramente, era per sua natura estraneo dal ruolo di aggiudicatore, al contrario del suo socio (se pur in maniera indiretta) ovvero dalla città di Halle.

L'Avvocato generale metteva in secondo piano l'intreccio di relazioni societarie in mano, e non, all'amministrazione pubblica: infatti riteneva che si potesse parificare il caso in esame a quello degli affidamenti da parte di amministrazioni aggiudicatrici a società controllate, che definiva, per la prima volta, come "quasi in house". Il che li diversifica dai veri e propri in house providing, poiché gli affidamenti "quasi in house" non hanno ad oggetto servizi di diretta proprietà dell'amministrazione. Con l'intenzione di articolare ulteriormente questa nuova modalità di affidamento, l'Avvocato prospettava tre fattispecie : a) l'in house tramite società proprie, società detenute per la loro totalità dalla aggiudicatrice o da organismi da questa detenuti; b) quello che riguarda società a capitale interamente pubblico detenuto da più soci (società con partecipazione di più amministrazioni aggiudicatrici); c) quello, infine, relativo a società miste pubblico-private (società con partecipazione anche di veri e propri soggetti privati)³¹.

A prescindere da queste distinzioni, quello che è rilevante ai fini della nostra analisi, è se sia identificabile un rapporto di controllo analogo, ovvero se sia ravvisabile un tipo di relazione pari ad una delega interorganica. Tale presupposto è necessario per poter definire, a prescindere dalla fattispecie, un affidamento in house, ovvero di poter avvalersi legittimamente dell'affidamento diretto.

L'Avvocato Generale, alla luce della sentenza Teckal, riprendeva la suddetta pronuncia e si concentra sui requisiti che, a detta della Corte di Giustizia per il caso Teckal, sono necessari ai fini della definizione di in house providing: il controllo analogo e l'attività prevalente.

Per il primo requisito, in questo caso, vengono richiamate le conclusioni dell'Avvocato Generale per la causa Arge, ritenendo che fosse sufficiente una quota appena maggiore del 50% perché fosse confermata la presenza di un controllo analogo a quello esercitato sui propri poteri. È evidente come le conclusioni dell'Avvocato Legér fossero state interpretate, al fine di rafforzare le proprie conclusioni, molto elasticamente da parte dell'Avvocato Generale C. Stix-

³¹ Conclusioni dell'avv. gen. Stix-hackl — causa c-26/03, 23 settembre 2004, in *curia.europa.eu*, p. 14, pt. 58

Hackl: Legér non sosteneva espressamente che si trattasse senza dubbio di un in house providing nel caso di un controllo del 50,5%, ma, anzi, riteneva che fosse necessario esaminare il grado di autonomia che l'ente, nonostante una partecipazione pubblica maggioritaria, conserva nei confronti dello Stato.

C. Stix-Hackl conclude sostenendo che la partecipazione al capitale della società privata non esclude la possibilità di derogare alla direttiva 92/50, sugli appalti pubblici di servizi. Ovvero, la presenza nel capitale di un privato non impone l'applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti: il nodo da sciogliere è quello di stabilire quale quota di partecipazione è necessaria per verificare il requisito del controllo analogo.

Per quanto riguarda l'attività prevalente, l'Avvocato Generale sosteneva che si potesse prendere in considerazione anche il caso di partecipazione indiretta dell'ente locale: sarebbe stato sufficiente verificare, quindi, la sussistenza del secondo presupposto. Come era stato fatto per la sentenza Teckal, venivano prese in considerazione dall'Avvocato, ai fini della prova dell'attività prevalente, tutte le attività effettive ed obbligatorie svolte dall'affidataria a favore dell'amministrazione.

Secondo l'opinione dell'Avvocato, sarebbe stato compito del giudice nazionale verificare la sussistenza dell'attività prevalente, solo dopo aver necessariamente identificato, sulla base di caratteristiche quali-quantitative, quale tipo di attività svolta fosse idonea ai fini della presente analisi. Infine, C. Stix-Hackl riteneva che, nel giudicare la partecipazione azionaria, fosse più importante concentrarsi sul tipo di relazione che si instaura, piuttosto che sulla quota o sull'entità della stessa. Questo presupposto è servito all'Avvocato per minimizzare la rilevanza, nel caso in esame, della partecipazione del socio privato. Queste conclusioni, però, non furono condivise dalla Corte di Giustizia.

La Corte di Lussemburgo si concentrava piuttosto sul principale obiettivo delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, ovvero la libera circolazione dei servizi e che fosse garantita l'apertura alla concorrenza gli Stati membri.

Partendo dalla direttiva 92/50/CEE e alla luce delle passate sentenze, la Corte ritiene di dover interpretare in maniera restrittiva i principi della sentenza Teckal che permettevano di derogare alla regola comunitaria. Infatti, la Corte si pronunciava a sfavore della deroga nel caso in esame poiché differiva dal caso Teckal per un aspetto non trascurabile: l'amministrazione aggiudicatrice condivideva la partecipazione all'impresa affidataria con un privato.

Facendo un confronto col caso Teckal si poteva notare come l'affidatario era un consorzio costituito da più amministrazioni aggiudicatrici partecipato anche dall'amministrazione precedente all'affidamento, e quindi, secondo la Corte, idoneo ad essere definito come un caso di "quasi in house" poiché il capitale risultava interamente in mano pubblica.

La partecipazione indiretta dell'amministrazione aggiunta alla partecipazione, se pur minoritaria, di un'impresa privata al capitale della società affidataria, hanno fatto dubitare riguardo all'ipotesi di in house providing. In altre parole, la partecipazione di un'impresa privata, seguendo il pensiero espresso dalla Corte, esula dalla deroga al principio generale, introdotta con la sentenza Teckal.

Le caratteristiche appena ricordate, infatti, hanno reso possibile escludere, secondo la Corte, la presenza di un controllo analogo, caratteristica basilare per ammettere la deroga ai principi concorrenziali della Comunità Europea, in generale, e della direttiva 92/50/CEE, in particolare. Alla luce di queste obiezioni, nulla ostacolava quindi l'applicazione delle norme comunitarie sugli appalti.

Questo perché, secondo le regole, qualsiasi deroga ai principi generali non risulta suscettibile di applicazione estensiva, dovendo sempre interpretarsi in modo restrittivo.

La motivazione di questa non eccessiva estensibilità dei requisiti dettati dalla sentenza Teckal era tutt'altro che formale: gli obiettivi di una amministrazione potenzialmente controllante si trovano necessariamente a scontrarsi con la finalità di un'impresa privata, volta principalmente al profitto.

Per contro, un'amministrazione pubblica è finalizzata al benessere e all'interesse pubblico, tralasciando molto spesso non solo la ricerca del profitto, ma anche il bilanciamento dei costi coi ricavi: in poche parole, esula dalla finalità di impresa.

In questo caso, inoltre, non sarebbe stata garantita la parità di trattamento tra gli operatori, privilegiando, sia pur indirettamente, la società privata partecipante al capitale dell'affidataria.

In conclusione, la Corte si pronunciava in contrapposizione con le conclusioni dell'Avvocato Generale, sostenendo che, nell'applicazione della Direttiva 92/50/CEE, qualora l'amministrazione affidi un servizio ad una società distinta e compartecipata con una o più imprese private, non è possibile derogare dalle procedure di affidamento degli appalti pubblici³².

La sentenza Stadt Halle ha escluso, così, definitivamente la fattispecie delle società miste negli affidamenti in house, che forzava la possibilità di deroga alla regola generale. In questo modo ha contribuito a riportare la concezione dell'in house providing come una eccezione, debitamente interpretata in modo restrittivo³³.

I primi commenti alla sentenza Stadt Halle si sono concentrati sul tema della scelta del socio privato e dell'affidamento dell'appalto di servizio cui è finalizzata la costituzione della società. Una parte della dottrina definisce ius receptum il principio che obbliga l'amministrazione a ricorrere alle procedure di gara per la scelta del socio privato, il che garantirebbe la parità di trattamento per gli operatori

³² “un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della Direttiva 92/50/CEE, come modificata dalla Direttiva 07/52/CEE, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate”

³³ V.FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing all'interno della sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comunit.*, 2005, p. 3-4, secondo cui nuova ricostruzione dell'in house providing fornita dalla Corte di giustizia consente di delineare con maggiore chiarezza e precisione le caratteristiche e la funzione della fattispecie, e allo stesso tempo ne apprezza il tentativo di restringerne l'ambito di applicazione, richiedendo la necessaria partecipazione totale pubblica.

e consentirebbe, così, all'aggiudicatrice di affidare direttamente il servizio alla società mista in questione, senza ricorrere una seconda volta alle procedure di gara³⁴.

Un'altra parte della dottrina, invece, concepiva come azzardato il principio di interpretazione restrittiva, e quindi, riteneva comunque lecito il ricorso a società a capitale misto, individuando l'esistenza di un controllo analogo nel possesso della maggioranza del capitale sociale in capo agli enti pubblici³⁵.

In ogni caso, non deve essere creduto che la partecipazione totalitaria, diretta o indiretta, di una o più amministrazioni pubbliche, garantisca la sussistenza di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi: infatti l'intero capitale pubblico è una condizione necessaria, ma non sufficiente. In caso contrario, infatti, sarebbero numerosi i casi che sarebbero potenzialmente esclusi a priori dall'ambito di applicazione della legge codificata: tutti quei tipi di relazioni consolidate tra le amministrazioni pubbliche, i loro organismi pubblici e, in generale, gli enti di diritto pubblico non commerciali. Che si tratti di contratti, convenzioni o accordi tra amministrazioni pubbliche, sono tutte fattispecie che ricadono sempre sotto la denominazione di appalti.

Questo richiamo della Corte di Giustizia verso un orientamento restrittivo riguardo all'interpretazione della legittimità di affidamenti in house ha influenzato le

³⁴M.CHIAPPETTA, *L'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, in *www.lexitalia.it*, n.4/2007, p. 5. L'autrice pone in contrapposizione quanto espresso da De Nictolis, *La Corte Ce si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, p. 305, con quanto affermato da altri come C. TESSAROLO, *Il partenariato pubblico-privato – la scelta del partner privato*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, che invece è favorevole ad una apertura ai capitali privati.

³⁵M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, *Foro amm. TAR*, fasc.3, 2006, pag. 1161 ss. Sul tema esprime dubbi anche sui possibili problemi di indennizzo delle società miste potenzialmente cessabili. Si veda anche V.VARONE, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, *Foro amm.*, 2004, p. 2416-2423, sulla domanda di pronuncia pregiudiziale promossa dall'Oberlandesgerichts Naumburg in data 8 gennaio 2003 e in merito alle conclusioni dell'Avvocato Generale.

seguenti pronunce. In particolare, in un caso simile a quello appena esposto, in merito alla concessione di un servizio di manutenzione della rete del gas metano a favore di un consorzio dove l'amministrazione aggiudicatrice deteneva una quota di minoranza, la Corte si pronunciava nel modo seguente: in virtù della partecipazione minoritaria, si poteva escludere a priori la sussistenza di un controllo analogo e, quindi, degli estremi per configurare l'in house providing. Se i Giudici confermavano la propria volontà di limitare al massimo l'utilizzo dell'eccezione in house, seguendo un nuovo indirizzo, estendevano l'applicabilità dei principi contenuti negli artt.43,49 CE del Trattato a salvaguardia della concorrenza, anche agli istituti non espressamente contemplati dalle Direttive appalti, come, in questo caso le concessioni.

Altre due sentenze si sono susseguite, dopo alcuni anni, sul tema. Si trattava, in entrambe le vicende, di affidamenti diretti a società di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice solo temporaneamente: in seguito, infatti, sarebbero state cedute a privati.

La prima delle due sentenze affrontava una questione non nuova alla giurisprudenza comunitaria: il caso *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, chiamava in causa l'affidamento della concessione del servizio di gestione dei parcheggi pubblici da parte del comune di Bressanone alla ASM Bressanone S.p.a. . Quest'ultima era stata trasformata in s.p.a. dal comune stesso, e sulla quale erano confluiti i diritti e gli obblighi facenti capo alla Servizi Municipalizzati Bressanone. Prima che si procedesse all'affidamento in questione, vi era stata la trasformazione, da parte del comune di Bressanone, della Servizi Municipalizzati Bressanone nella società per azioni ASM Bressanone S.p.a..

In merito vi era stato il ricorso della titolare della costruzione e gestione di un altro parcheggio comunale, la società *Parking Brixen*: la suddetta società lamentava la mancata applicazione dei principi enunciati agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE.

In merito, la Corte di Giustizia³⁶ procedeva alla verifica dei requisiti necessari per derogare alla regola della gara pubblica. Innanzitutto si verificava il controllo analogo e il conseguente grado di influenza del concedente sulle decisioni del concessionario: la Corte individuava una basilare differenza tra la vecchia Servizi Municipalizzati Bressanone e la nuova s.p.a., in merito all'oggetto sociale. Nel secondo caso la società poteva estendere, a differenza della precedente municipalizzata, il suo campo d'azione anche ad attività prettamente commerciali, al di fuori di quello che sarebbe il soddisfacimento delle necessità dell'ente locale; contribuiva, poi, a creare ulteriore perplessità la possibilità per società di aprirsi a soggetti privati e gli “amplissimi poteri” che già erano in capo al Cda, che avrebbero potuto portare a decisioni lontane dalla volontà dell'ente e in piena autonomia. L'ampiezza della discrezionalità del consiglio riguardava l'ordinaria amministrazione e la possibilità, altresì, di stipulare autonomamente contratti entro la soglia di cinque milioni di euro.

Questa autonomia faceva presumere che l'amministrazione pubblica non esercitasse, sulla società in questione, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, perciò, la procedura di affidamento sarebbe dovuta sottostare ai principi di trasparenza e di parità di trattamento. Per questo motivo è stata discussa la decisione della Corte che si è concentrata soprattutto sull'attività extra moenia e sull'apertura a privati, per escludere il controllo analogo, facendo passare in secondo piano l'autonomia del Cda. Secondo le considerazioni svolte in merito ai poteri del Consiglio di Amministrazione, i giudici hanno ritenuto che il suddetto organo fosse investito dall'amministrazione aggiudicatrice per il tramite della Assemblea dei soci, e quindi permanesse una dipendenza della società dall'amministrazione stessa³⁷.

³⁶ Corte di giustizia, Sez. I, 13 ottobre 2005, n. c-458/03

³⁷ C.IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, 2012, p.175 ss.. L'autore ritiene che proprio questa “vocazione commerciale” della nuova s.p.a. rappresenti il motivo dell'insussistenza di un controllo analogo.

A ben vedere, infatti, il fatto che l'ente affidatario possedesse (ancora) la totalità del capitale, non garantiva, appunto, la sussistenza di un rapporto parificabile ad una delegazione interorganica, requisito necessario, ancor di più, nell'eventualità di una apertura a soci privati. In questa eventualità, infatti, si sarebbe potuta manifestare maggiormente quella autonomia del Cda dell'affidataria che era previsto dallo Statuto della stessa, e sancire definitivamente la possibilità di un affidamento in house.

La seconda importante sentenza che si collocava sulla stessa lunghezza d'onda della pronuncia in merito al caso Parking Brixen, risale a pochi giorni di distanza da quest'ultima. Si tratta del caso che coinvolge la città di Modling³⁸, che aveva affidato direttamente il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti ad una società interamente posseduta dall'ente (la Abfall) ma che, pochi giorni dopo la delibera di affidamento, aveva ceduto il 49% del capitale ad un socio privato; inoltre, l'assemblea dei soci della società Abfall, in seguito ad una modifica statutaria susseguitasi alla cessione, poteva deliberare e decidere a maggioranza semplice (almeno, cioè, il 51%). Indubbiamente sorgeva ancora una volta il quesito se questa ampia autonomia decisionale della Abfall, insieme alla presenza di un socio privato, non fosse contrario ai presupposti di un affidamento diretto, ovvero alla fattispecie dell'in house³⁹.

Il caso, simile a quello sollevato dalla Parking Brixen, alla luce della sentenza Stadt Halle veniva prevedibilmente giudicato dalla Corte a sfavore dell'affidamento diretto, soprattutto a causa della poca chiarezza dell'operazione, a cominciare dalle diverse fasi in cui si sostanziava la procedura di trasformazione della Abfall. Il pensiero della Corte era che l'amministrazione volesse eludere, in questo modo, le disposizioni della direttiva 92/50/CE in materia di appalti pubblici: i giudici sostenevano, pertanto, che la composizione della compagine societaria

³⁸ Corte di Giustizia, 10 Novembre 2005, C-29/04, in *curia.europa.eu*

³⁹ M. CHIAPPETTA, *L'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, cit., p.7

dell'affidataria dovesse rimanere la stessa anche dopo la delibera di concessione. In altre parole, il passaggio da società totalmente in mano pubblica a un'impresa ad economia mista, era contrario ai principi su cui si basava la direttiva, di parità di trattamento e trasparenza.

Ancor di più, come ricordato sopra, la partecipazione (se pur minoritaria) al capitale sociale di un privato osta alla sussistenza del requisito, necessario per la deroga, del controllo analogo⁴⁰.

Un altro tassello importante, quindi, per la definizione del controllo analogo è il requisito della "permanenza", disposto per rendere ancor più degna di attenzione il rapporto tra aggiudicatrici e affidataria ed evita, in futuro, altri artifici (come quelli delle sentenze Parking Brixen e Modling) che tendono ad aggirare la regola generale⁴¹.

L'attenzione sempre più crescente dei Giudici del Lussemburgo sarebbe stata confermata nelle sentenze pronunciate nel corso del 2006.

In occasione della decisione sulla questione pregiudiziale riguardo alla compatibilità di un articolo di legge (art.113,c.5°, d.lgs.267/2000) che lasciava alla discrezionalità dell'amministrazione pubblica la scelta tra gara pubblica e affidamento diretto, la Corte riconosceva come legittimo l'articolo in questione. D'altra parte, confermava l'insussistenza del controllo analogo, e di conseguenza, dell'affidamento diretto, nel momento in cui ci fosse stata l'apertura della società a capitali privati, prima o dopo che si sia proceduto all'affidamento. In questo

⁴⁰ A.SONCINI *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 281-317 ritiene che l'obiettivo della Corte di giustizia non sarebbe quello di escludere in radice qualsiasi partecipazione privata, ma piuttosto quello di impedire che ad imprenditori privati siano elusivamente consentiti accessi preferenziali ai contratti di appalto.

⁴¹ M.NICO, *Le società partecipate dagli enti locali*, Maggioli Editore, 2010, p.203, dove si parla della permanenza del controllo analogo in relazione alla sentenza Parking Brixen. Si veda anche M.BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 227-240.

modo si negava ancora una volta la possibilità di conciliare la fattispecie in house con una società di tipo misto pubblico-privato.

Una rilevante eccezione, confrontata con tutte le sentenze che esprimevano un giudizio negativo riguardo alla possibilità di deroga, è il caso della società TRAGSA SA: si trattava di un'impresa affidataria diretta di beni e servizi che era dipendente, per quanto riguarda il profilo decisionale e gestionale, dall'amministrazione centrale spagnola. La Corte, quindi, prendeva atto della sussistenza del controllo analogo, ma verificava, anche, la presenza del requisito dell'attività prevalente: l'impresa in questione svolgeva effettivamente la parte più importante della propria attività con gli enti che ne detengono il controllo. Entrambi i requisiti della sentenza Teckal erano soddisfatti.

La Corte di Giustizia nelle occasioni in cui ha analizzato aspetti dell'attività prevalente, ha ribadito come sia necessario un'analisi quali-quantitativa delle attività che possono essere rilevanti ai fini della valutazione, e che debbano essere state delegate all'aggiudicatrice. Al contrario, la Corte non riteneva rilevanti né il luogo né il finanziamento di tali attività. La prevalenza, è stata ristretta fino a coincidere con la totale esclusività a favore del soggetto pubblico, mai tradotto in norma, però. Il criterio della prevalenza, specificatamente con la sentenza Carbotermo⁴², è stata identificata sotto due aspetti: uno quantitativo e uno qualitativo. Il primo faceva riferimento al fatturato, in base agli affidamenti conseguiti dall'ente controllante, il secondo distingue le attività rivolte verso l'ente in questione da quelle verso privati, che potrebbe incidere sul raggio d'azione o territorio dove opera la società in house, allontanandolo da quello dell'ente locale⁴³.

⁴² Corte di Giustizia, sez. I, 11 maggio 2006, causa C-340/04, in *eur-lex.europa.eu*, p. 14, pt. 28-29.

⁴³ A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*, Giustizia amministrativa, 2005, p. 1061-1064. Si veda anche A. AUTON-SMITH, *Shared services, spin-outs and 'in-house procurement'*, in *www.localgovernmentlawyer.co.uk*, 16 marzo 2013, in cui l'autrice, facendo specifico riferimento alla sentenza Carbotermo, sostiene che la struttura societaria non può garantire il livello di controllo richiesto dalla sentenza. "It was held that, because of the very high degree of freedom given to the board and the fact that any 'decisive influence' would have had to flow down from the parent to the subsidiary, the necessary element of control was not present so

Alla luce di queste valutazioni possiamo ritenere che la Corte di Giustizia configura come idonea, per l'affidamento in house, un tipo società che, oltre ad essere di diritto speciale, non possiede poteri tali da consentirle di prendere decisioni autonome rispetto all'amministrazione aggiudicatrice che la possiede. La rigida definizione dei requisiti e la necessità di garantire il rispetto della volontà dell'ente, unita al bisogno di difendere i principi che garantiscono la libera concorrenza, rischia di rendere arduo trovare un caso che, nella realtà, riesca perfettamente a rispettare la visione comunitaria di in house⁴⁴.

1.2 L'iter legislativo e giurisprudenziale sui caratteri dell'in house

L'ordinamento italiano, seguendo le orme della giurisprudenza comunitaria e eseguendo i dovuti cambiamenti derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, ha recepito i regolamenti e le nuove norme in materia di affidamenti.

L'in house providing, in Italia, era stato affrontato seguendo una prospettiva più locale che nazionale. Le leggi nazionali che si erano espresse in materia, infatti, erano rivolte agli enti locali. Infatti, il D.Lgs. 267/2000, ossia il Testo Unico degli Enti Locali, è un importante testo di riferimento per la disciplina in house.

Soprattutto in occasione delle procedure di infrazione da parte della Commissione Europea, le leggi e la giurisprudenza nazionale si sono adeguate all'indirizzo dell'Unione Europea: sono stati numerosi gli interventi volti a recepire la disciplina

the test was not satisfied. This case highlighted the dangers that can exist in a group company structure, where a Teckal arrangement is relied upon. Carbotermo did not rule out the possibility of using a group structure, but it did make clear that care must be had where group structures are used to ensure that the essential element of control is present throughout”.

⁴⁴F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impres pubblica, società in house*, in www.astridonline.it, 24 novembre 2005.

e i principi stabiliti dalle sentenze che si sono succedute sul tema a livello comunitario.

La disciplina del TUEL (D. Lgs. 267/2000), in particolare all'art.113, a sua volta ispirato a disposizioni di cui all'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 e successive modifiche, è stata oggetto di una prima importante riforma ad opera dell'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per l'anno 2002). Successivamente, con l'art. 14 , D.l. 30 settembre 2003, n. 269, (convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326) , il Legislatore è intervenuto ripetutamente sull'art.113. L'art. 113 TUEL, nella sua originaria formulazione, prevedeva infatti tra le forme di assegnazione dei pubblici servizi l'affidamento tramite procedimento ad evidenza pubblica, come regolato dal Codice dei contratti pubblici, D.lgs. n. 163 del 2006, ovvero attraverso la costituzione di società a partecipazione mista pubblico-privata, con selezione tramite gara del socio privato operativo e, infine, in posizione equiparabile alle precedenti, l'affidamento a società a capitale interamente pubblico a condizione che fossero rispettati i requisiti di controllo analogo e attività prevalente.

Un aspetto non trascurabile che serve da premessa, è il fatto che la tutela della concorrenza, secondo l' art. 117 Cost., è materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato; al contrario, i servizi pubblici locali non costituiscono competenza esclusiva statale, l'applicazione dell'art.113 dovrebbe riferirsi solamente all' affidamento dei servizi pubblici locali. Alle regioni, d'altra parte, compete la disciplina dei servizi pubblici locali, ma hanno l'obbligo di adeguarsi alle disposizioni dell'art.113 in merito agli affidamenti in house e conformatosi alla disciplina comunitaria sulla concorrenza.

La disciplina vigente, con la riforma dell'art.113 che inizialmente costituiva la copia dell'art.22 della l.n.142/90 sulle autonomie locali, voleva rispondere ai procedimenti di infrazione⁴⁵ della Commissione Europea nei confronti dell'Italia. La suddetta istituzione europea contestava la libertà, che era consentita

⁴⁵ Circolari interpretative, 19 Ottobre 2001, 26 giugno 2002, Commissione Europea

dall'articolo in questione e le sue modifiche (art. 35, l.n.448/2001), riguardo alla pluralità di possibilità di affidamento diretto e, quindi, si trovava in contrasto con le direttive 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi e 93/38/CEE in materia di appalti pubblici nei settori esclusi⁴⁶. L'articolo 113 veniva così novellato limitando l'affidamento ai casi ben definiti, tra cui l'attribuzione ad una società mista pubblico-privata⁴⁷: si tratta di un modello misto pubblico-privato, che prevede la scelta del socio privato tramite gara. La fattispecie, è stata valutata da una parte della dottrina come lecita, poiché compensa l'affidamento diretto con la procedura di gara, già precedentemente svolta, per la selezione del socio privato; d'altra parte è sorto il dubbio se tale fenomeno potesse essere compreso nella definizione di in house⁴⁸. La Corte di giustizia, come detto sopra, si era già espressa in senso negativo sul tema, e in modo simile si esprimeva, in Italia, il Consiglio di Stato. Al c.5°, lett. c), l'art. 113 prefigurava, invece, un modello che rispecchiava i requisiti comunitari, per la prima volta enucleati nella sentenza Teckal: già prima del caso Stadt Halle veniva richiesto, dalla legge italiana, il capitale interamente pubblico.

Sul tema, intanto, la giurisprudenza nazionale è stata influenzata dalle sentenze della Corte di Giustizia sull'in house providing, in particolar modo il Consiglio di Stato: ne è prova evidente il fatto che si sia espresso uniformemente alla Corte di Giustizia a poca distanza dalle sentenze dei giudici di Lussemburgo durante tutto l'arco temporale che è servito a definire meglio il fenomeno in house. Per fare qualche esempio, il giudizio sull'impugnazione di una sentenza emessa dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per il Trentino Alto Adige, che

⁴⁶ P.POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in www.amministrazioneincammino.it, 2010, p.1 ss.

⁴⁷ Art.113, c. 5° lett. b) “a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche”

⁴⁸ D.ANSELMI, *L'affidamento a società miste*, in *Società Pubbliche e servizi locali*, cit., p.235 ss.

riteneva soddisfatti i criteri posti dalla sentenza Teckal per l'affidamento diretto della gestione di parcheggi pubblici nel Comune di Bolzano : il Consiglio di Stato⁴⁹ riteneva non sufficiente la partecipazione, da parte del comune, del 100% del capitale per poter ammettere la sussistenza del controllo analogo. Ancora, alla luce della sentenza Parking Brixen, con le sentenze n. 4440 del 13 luglio 2006 e n. 5072 del 30 agosto 2006⁵⁰, dichiarava legittimo l'annullamento dell'affidamento diretto nei rispettivi casi, dal momento in cui la partecipazione della partecipazione pubblica totalitaria è insufficiente per avere un controllo analogo. Precisa meglio, nella sentenza n. 1514 del 3 aprile 2007⁵¹, le ragioni della necessità di maggiori strumenti di controllo da prevedere negli statuti delle società in house: dichiara incompatibile l'apertura a privati e la conseguente vocazione commerciale, poiché renderebbe instabile il controllo pubblico.

In questo modo, sono state fornite nuove indicazioni al fine di delineare i contenuti necessari dello statuto di una società in house.

Per completare il profilo dell'in house providing, delineato dal Consiglio di Stato, è doveroso prendere in considerazione il parere n. 456 del 18 aprile 2007⁵². Il Ministero delle Politiche Agricole aveva interpellato l'autorità amministrativa in merito al giudizio sulla legittimità dell'affidamento diretto alla Sin s.r.l. da parte dell'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA- su cui vigila il suddetto Ministero), la quale, insieme a privati, partecipava al capitale dell'affidataria. Il Consiglio di Stato, si esprimeva favorevolmente sia in merito all'affidamento diretto analizzato, sia, in generale, alla fattispecie dell'affidamento a società mista pubblico-privata. Riconoscendone comunque la sostanziale differenza rispetto all'in house providing alla luce dell'art.113, c.5°, T.U.E.L., si esprimeva in modo favorevole riguardo alla compatibilità della figura della società mista a

⁴⁹ C.Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n.2316, in *www.astrid-online.it*, p.3

⁵⁰ Rispettivamente riguardanti gestione di parcheggi pubblici a pagamento effettuato dal Comune di Bolzano e l'affidamento diretto di taluni servizi pubblici da parte del Comune di Arzachena ad una s.r.l. partecipata interamente.

⁵¹ C.Stato, 3 aprile 2007, n. 1514, in *www.aedon.ilmulino.it*, pt. 5, dove i giudici fanno riferimento a sentenze comunitarie per sostenere la tesi della necessità di un controllo analogo adeguatamente supportato da strumenti di controllo societari.

⁵² C.S.tato, sez.II, 18 aprile 2007, n. 456, in *www.federalismi.it*

partecipazione pubblica maggioritaria con i principi comunitari: questo, ai sensi dell'articolo 113, a patto che tramite la gara pubblica fosse scelto il socio privato (equiparandolo alla gara per l'affidatario del servizio), ed a condizione che fosse previsto "un rinnovo della procedura di selezione del socio alla scadenza del periodo di affidamento", così da evitare che tale soggetto divenisse socio stabile della società mista⁵³. Questo parere voleva differenziarsi dalle pronunce comunitarie, se non anticiparle. La Corte di Giustizia, di conseguenza, è intervenuta per cercare di fare chiarezza sulla materia con la sentenza *Acoset*⁵⁴: in quell'occasione anche i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto realizzabile l'affidamento diretto di un servizio pubblico a favore di una società a capitale misto, purché la scelta del socio privato, all'interno di tale società, si realizzasse tramite una procedura di evidenza pubblica. A tale sentenza hanno risposto, in diverse occasioni, i giudici nazionali: rilevante la sentenza del TAR Toscana, sezione I, 13 marzo 2009, n. 417, dove i giudici sono intervenuti nell'ambito di applicazione dell'art. 13 del d.l. 223/2006, ovvero il Decreto Bersani.

A livello legislativo, il decreto cosiddetto Bersani ha mostrato passi avanti a livello nazionale e si occupa, in particolare, dei servizi strumentali: all'art. 13 parla delle società a capitale pubblico partecipate dalle amministrazioni pubbliche e finalizzate all'erogazione di tali servizi a beneficio di queste ultime, e affronta il tema delle c.d. società di terzo grado.

L'attività prevalente, promossa dalla giurisprudenza europea, viene interpretata dal decreto Bersani all'art. 13⁵⁵ del d.l. 223/2006, poi convertito nella l. 4 agosto 2006,

⁵³ C.TESSAROLO, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 8 gennaio 2004.

⁵⁴ Corte di Giustizia, 15 ottobre 2009, C- 196/08, in *curia.europa.eu*.

⁵⁵ "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e tutela della concorrenza"

n. 248, in modo ancora più restrittivo⁵⁶: prevede, infatti, l'esclusività dell'oggetto sociale e dell'erogazione e produzione nei confronti dell'aggiudicatrice⁵⁷.

In merito a quanto disposto dell'art.13, il TAR Toscana ha rilevato che l'articolo era finalizzato ad una riduzione dei costi, e che, contestualmente, tutelava la concorrenza tra gli operatori secondo un procedimento non discriminatorio: in questo modo erano rispettati i principi comunitari⁵⁸. Se è intuibile la ragione che spingeva il legislatore a tutelare la concorrenza, non è immediata la comprensione del nesso tra riduzione della spesa pubblica e la necessità di ridurre le società strumentali, secondo quanto è disposto dalla norma. Questo è spiegabile alla luce dell'attenzione comunitaria alla gestione finanziaria che ha creato un legame tra amministrazione e finanza pubblica: il rispetto dei criteri economici e la spinta all'internazionalizzazione sono strumentali al raggiungimento dell'economicità, e di conseguenza, è necessaria la presenza della concorrenza quale garanzia dell'efficienza allocativa e della minimizzazione dei costi. Ecco che le società strumentali sembrano essere origine di costi non necessari.

In altre parole, l'attenzione era stata posta soprattutto sul modo di agire e l'attività delle società in house, a differenza di quanto viene disposto dalla legge finanziaria del 2008⁵⁹, che ampliava il Decreto Bersani e si concentrava maggiormente sull'aspetto formale, vietando esplicitamente la costituzione di tali società da parte degli enti locali e amministrazioni pubbliche per evitare abusi nell'utilizzazione dello strumento societario. In questo caso, per evitare l'immediata decadenza delle società che fossero rientrate in questa fattispecie, era obbligatorio il requisito della necessità della società.

Il Consiglio di Stato, nel frattempo, si esprimeva per mezzo dell'Adunanza Plenaria⁶⁰ sull'estensione del concetto di controllo analogo e della sua

⁵⁶ C.IAIONE *Le società in house per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art 13 del Bersani*, in www.astrid-online.it, 3 maggio 2010, p.2, riconosce lo scetticismo della giurisprudenza in merito alle scelte così restrittive del decreto Bersani.

⁵⁷ D.l. 223/2006, art.13, c.1°

⁵⁸ TAR Toscana, sez. I, 13 marzo 2009, n. 417, in www.astrid-online.it, p.5

⁵⁹ Legge finanziaria n.244/2007, art. 3, c. 27 -29

⁶⁰ C.Stato, 3 marzo 2008, n.1. in *Giust. Amm.*, n.3-2008, p. 2, pt.8

incompatibilità con le società miste, sulla falsariga della sentenza Stadt Halle: la autorità amministrativa riteneva impossibile per la pubblica amministrazione esercitare, in tal caso, un'influenza simile, e riconduceva il concetto di controllo analogo alla partecipazione totalitaria del soggetto pubblico alla società. Quest'ultimo requisito, però non era sufficiente: il controllo doveva essere necessariamente esercitato tramite idonei strumenti a disposizione dell'amministrazione, in modo da esercitare un'influenza dominante sulle scelte della società affidataria. In questo modo, il rapporto tra le parti sarebbe stato parificabile ad uno di natura interorganica. In ogni caso, il Consiglio riconosceva la mancata chiarezza dei giudici europei, in merito a quali tipi di società potessero essere beneficiarie di un affidamento diretto: la Corte, pur escludendo il controllo analogo, infatti, non si opponeva esplicitamente alle società miste e sottolineava l'importanza del privato per un proficuo scambio di conoscenze e confronto di sistemi organizzativi. Il Consiglio di Stato di conseguenza, nella stessa sentenza, ammetteva l'affidamento a società miste (se pur la scelta del privato dovesse avvenire tramite gara pubblica) ma non lo equiparava alla fattispecie in house.

Altro intervento significativo, in materia dei servizi pubblici locali, è l'art. 23 bis, del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, poi convertito nella l.n. 133, 6 agosto 2008. L'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, dopo la legge di modifica n. 326 del 2003, era l'articolo di riferimento, in precedenza, in materia di servizi pubblici locali. Erano tre, come ricordato prima, le fattispecie ammesse per organizzare la gestione dei servizi:⁶¹ affidamento a privati tramite gara pubblica, conferimento a società miste (con ricorso alla gara per la scelta del socio privato), oppure affidamento a società a capitale pubblico che rispondesse ai requisiti comunitari per la definizione della società cosiddetta in house.

⁶¹ TUEL, art. 113, c. 5°

Data questa premessa, appare controcorrente la disposizione che al comma 3 dell'art.23-bis prevedeva che la gestione dei servizi locali fosse affidata tramite gare ad evidenza pubblica⁶².

La finalità della suddetta legge era quella di favorire l'apertura ai privati in ambito di servizi pubblici locali, sia affidando a soggetti distinti dalla pubblica amministrazione, sia ricorrendo a società miste, e comunque, in ogni caso, ricorrendo a gare pubbliche⁶³.

Questa presa di posizione così netta, ha spinto la Commissione europea, in una comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati⁶⁴, a richiamare l'importanza dell'uniformità della legislazione nazionale rispetto alle norme comunitarie, e che ha aperto la strada ad un secondo decreto, del 7 settembre 2010, n. 168 che ha tentato di chiarire e attuare l'art. 23 bis del D.L. 112/2008.

All'art. 1 del D.P.R. 168/2010, sottolinea l'ambito applicativo della disciplina, ovvero i servizi di rilevanza economica, escludendo, di conseguenza, le società strumentali di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, e le successive modificazioni e integrazioni.

In ognuna delle disposizioni sopracitate, l'obiettivo è evitare che la decisione di derogare al sistema concorrenziale sia una scelta di comodo e non necessaria: per questo motivo agli artt. 2,3,4 D.P.R.168/2010 viene sottolineato come la procedura per l'affidamento debba essere svolta nel rispetto di precisi criteri

⁶²P.CHIRULLI,*Contributo alla discussione: l'in house providing nella Direttiva 2014/23/UE*, Seminario ITALIADECEDE – AEQUA, 9 marzo 2015, p.2.

⁶³ G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, 2010, p. 107 – 109, sottolinea come nella stesura originaria l'art. 23 bis della legge 133/2008 attribuiva all'Ente locale un ampio margine di discrezionalità, non specificando le forme di gestione in deroga ammissibili. Questa eccessiva libertà è stata ridimensionata dalla successiva introduzione dell'art. 15 del d.l. 135/2009, che ha riscritto il terzo comma dell'art. 23 bis.

⁶⁴ Comunicazione Interpretativa della Commissione, 5 febbraio 2008, C(2007)6661.

qualitativi, quantitativi e ambientali, tenendo conto, soprattutto dei diritti di esclusiva garantiti al futuro aggiudicatario.

Questi tre articoli pongono le basi, insieme all'art.23bis del D.L.112/2008, per la successiva giurisprudenza e normativa italiana. L'affidamento in house, in particolare, è considerato a tutti gli effetti un'eccezione, da analizzare e motivare di fronte all'Autorità garante della concorrenza, che avrebbe dovuto accertarsi che l'in house providing non fosse un modo per eludere e distorcere la concorrenza: in caso di esito negativo, l'affidamento sarebbe stato revocato e il servizio aggiudicato tramite gara pubblica, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 3. Secondo il regolamento, il parere, però, non ha un carattere formalmente vincolante.

L'art.4, d'altra parte, limita quest'obbligo di controllo da parte dell'Autorità ai casi in cui il valore del servizio affidato superi certi limiti economici (200000 euro): rimangono, per il legislatore, comunque necessari i requisiti della disciplina comunitaria.

La sentenza della Corte Costituzionale del 17 novembre 2010, n. 325, intervenuta in merito all'applicabilità dell'art.5, non accoglie la richiesta di alcune regioni di dichiarare l'illegittimità incostituzionale relativamente alla procedura particolarmente limitativa stabilita dall'art. 23 bis in ordine agli affidamenti in house, poiché, secondo i suddetti enti locali, contrario alla disciplina comunitaria. L'eccesso di tutela della concorrenza, secondo la Corte, è tutt'altro che contrario al Trattato Istitutivo (artt. 43 e 49)⁶⁵.

L'art. 23 bis del D.L. 112/2008 e le sue modifiche, tramite referendum, è stato abrogato nel 2011, cosicché si è resa necessaria una minima regolamentazione che rimediasse al vuoto normativo in materia. Così dopo due mesi dall'abrogazione è stato approvato il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, il cui art. 4 si occupava espressamente di applicare e adeguare la normativa italiana a quella comunitaria sul tema in house, limitatamente ai servizi pubblici locali. Quest'ultima limitazione

⁶⁵ Cfr. S.BIGOLARO-B.CASTELLANI,*Le società in house negli Enti locali e nella Sanità*, Maggioli, 2012, p. 27 ss.

applicativa rende difficoltoso un confronto diretto tra norme, mancando una disciplina di carattere generale.

Come già previsto dalla norma precedente, per poter ammettere una deroga alla gestione concorrenziale, l'art. 4 prevedeva l'obbligo di una adeguata motivazione che sostenesse l'inidoneità della gestione privata a garantire il soddisfacimento dei bisogni locali. Contestualmente, se necessario, era richiesto il parere non vincolante dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Allo stesso articolo, veniva ribadita la necessità, ormai condivisa, che l'amministrazione ricorresse a procedure di evidenza pubblica almeno per la scelta del soggetto cui attribuire eventuali diritti di esclusiva (c.8°); la suddetta regola era derogabile qualora la società fosse a capitale pubblico, fossero rispettati i requisiti per l'in house e il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui. Questo si traduce in una limitazione del ricorso all'in house providing, conformemente alla sentenza del 2010 della Corte costituzionale e andando oltre alle disposizioni comunitarie: in altre parole, un passo indietro per l'applicazione di questo tipo di affidamento.

Ma rimanevano ancora dubbi, sia in merito alla definizione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, sia riguardo ad una presunta incostituzionalità, derivante dalla riproposizione dello stesso contenuto della legge abrogata. La Corte costituzionale, nel caso di specie, giudicava il parere popolare, espresso tramite referendum, come vincolante per il legislatore: da qui la pronuncia di incostituzionalità.

Ancora, è possibile che avesse riscontrato non poca perplessità il fatto di estendere patto di stabilità interno alle società in house, e soprattutto, come si dovesse interpretare il ruolo dei pareri dell'AGCM, ovvero se fossero marginali o necessari.

La difficoltà di applicare la disciplina non era legata solo a mere formalità, ma anche ad una mancata disposizione riguardo a problemi pratici, come la ricollocazione del personale delle società cessanti e la liquidazione dei soci privati

delle società miste. Si può evincere come i problemi dei servizi pubblici non si erano appianati dopo il 2011, anzi.

Se la legislazione nazionale non si era dimostrata all'altezza del compito, alcuni enti locali, come la Provincia di Bolzano, sono intervenuti in materia, cercando di definire quantitativamente i requisiti previsti dalla giurisprudenza europea, ma il caso è stato sottoposto successivamente all'attenzione della Corte costituzionale⁶⁶. Infatti, in entrambi i casi, la Corte ha disposto che fosse legittimo, da parte delle Regioni/Province, di eventualmente restringere, non ampliare, le possibilità di applicazione della disciplina in house. Questo vincolo riguardava di conseguenza anche il legislatore nazionale: già prima del referendum abrogativo, con la sentenza del 17 novembre 2010, n. 325, in merito al sopracitato art.23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, il quale era stato dichiarato legittimo, dal momento che i vincoli posti dalla norma erano restrittivi rispetto alla giurisprudenza comunitaria. Inoltre, l'intervento era legittimo in nome del potere discrezionale del legislatore, che deriva dalla potestà esclusiva dello Stato sulla tutela della concorrenza e che lo preferisce alle leggi regionali.

Nella stessa occasione, la Corte ha risolto il dubbio già sollevato in merito all'incostituzionalità dell'estensione del patto di stabilità interno alle società in house: dal momento che tale estensione era stata prevista per mezzo di una norma regolamentare quando, nel caso di specie, la materia rientrava nella competenza esclusiva o residuale delle regioni, ai sensi della Costituzione non era applicabile il potere regolamentare dello Stato.

Si affida ancora una volta ad un decreto legge, il d.l. 95/2012, la disposizione in merito delle società in house, in particolare all'art.4, dove viene resa ancor più stringente la normativa. Innanzitutto, sono interessate le società controllate, direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, che prestano servizi prevalentemente a favore di queste ultime. Le suddette società sarebbero dovute essere sciolte entro il 2013 e affidate, tramite gara, ai privati.

⁶⁶ C.cost., 23dicembre 2008, n. 439, in www.cortecostituzionale.it

Non erano invece disciplinate, dal presente decreto, le società che erogano servizi in favore dei cittadini, alcune direttamente individuate dal legislatore e quelle volte a tutelare particolari settori. D'altra parte, sarebbe stato legittimo dal 2014 l'affidamento diretto ai sensi della disciplina in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni affidati fosse pari o inferiore a 200.000 euro annui.

In merito bisogna chiedersi, intanto, se per verificare l'attività prevalente fosse logico, in questo caso, concentrarsi solo su criteri quantitativi (almeno il 90% di fatturato guadagnato tramite l'attività dell'ente), limitatamente ad un solo anno, piuttosto che analizzare contestualmente aspetti qualitativi, come incoraggiava la disciplina comunitaria.

Ancor di più si nota una discrasia sia rispetto alle sentenze della Corte di Giustizia sia tra le diverse disposizioni contenute nel decreto, dal momento che, se si limita nel tempo l'analisi necessaria dei requisiti, una società in house costituita dopo quel periodo sarebbe rimasta immune da verifica e, non solo, viene espressamente legittimata la costituzione di nuove società in house. In poche parole, non mancavano le contraddizioni. Inoltre, non viene specificato né contemplato alcunché in merito al personale e ai beni delle società che sarebbero dovute venir meno: ancora una volta non si risolveva questo problema applicativo.

Il problema principale, però, era la dubbia legittimità costituzionale: innanzitutto veniva disposto che il solo art.4 c.8° fosse applicabile all'in house di servizi strumentali, poiché il fatturato teneva in considerazione solo i servizi resi nei confronti dell'amministrazione e poiché, altrimenti, sarebbe paradossalmente venuta meno in Italia la disciplina in house. La Corte⁶⁷, inoltre, critica ulteriormente l'art.4 del D.l.95/2012, sostenendone la mancanza di logica dal momento che prevedeva ulteriori limitazioni alla disciplina in house rispetto alle già rigide disposizioni comunitarie.

⁶⁷ C. Cost., 16 luglio 2013, n. 229, in www.cortecostituzionale.it, pt.3.1

Già la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012 riteneva illegittime le limitazioni quantitative proposte dall'art. 4 della legge 138/2011 al ricorso in house, che erano rese ancor più aspre dal fatto che fosse vietato il frazionamento del servizio per eludere il medesimo limite (art. 4, c. 13°). Sempre riferendosi all'art.4 del d.l. 95/2012, i giudici rilevavano poi una lesione della competenza regionale: la presente disciplina statale entrava, infatti, nel merito e nel dettaglio dell'organizzazione dei servizi, sottraendo tale facoltà ai legittimi detentori, ovvero le Regioni a Statuto ordinario (art.117 Costituzione).

Tale disposizione, però, ha avuto vita breve: già nel 2013 veniva abrogata prima dalla l.n.221/2012 e poi dalla l.n. 143/2013.

In merito all'art.9 del D.l. 95/2012, con un'altra sentenza la Corte Costituzionale, precisando che si dovesse applicare ai soli enti locali delle Regioni ordinarie (e non alle regioni stesse), si esprimeva per la illegittimità costituzionale, in particolare del c. 4°. Quest'ultimo, infatti, si trovava in contraddizione col c. 1°, dal momento che prevedeva la soppressione degli enti, agenzie e organismi intermedi, dopo che al primo comma si limitava a prevedere un'accorpamento degli stessi, al fine di ridurre gli oneri finanziari. In più, la disciplina era inapplicabile, dal momento che non erano state date indicazioni precise su quali fossero i soggetti nei cui confronti trovava applicazione⁶⁸.

La nuova disciplina, c. 20-27, art.34, l.n. 221/2012, sorta sulle ceneri del D.l. 95/2012, rappresentava il nuovo riferimento per i servizi pubblici locali. Tale legge ha previsto la redazione di una relazione da parte dell'ente affidante che giustificasse la procedura di affidamento scelta e contenesse i dettagli degli obblighi di servizio pubblico. Questo si allontanava dalla equiparazione di questa forma di affidamento, alla gara pubblica e all'affidamento alle società miste, e ne sottolineava, seguendo il diritto europeo, l'eccezionalità.

Più recentemente, con la l.n. 147/2013, ovvero la Legge di Stabilità del 2014, si è entrati ancor di più nel dettaglio dell'attuazione degli affidamenti, ma mancava

⁶⁸ C.cost., 24 luglio 2013, n. 236, in www.cortecostituzionale.it

ancora una disciplina organica e specifica per le società in house. La legge di Stabilità interveniva sulla materia precedentemente regolata dalla l.n. 122/2010 e regolava (c.550°, art.1) tutte le amministrazioni pubbliche, nella cui fattispecie rientrano anche le società in house.

La disciplina dettata dai commi 550 e seguenti dell'art.1, si manifesta come più razionale rispetto alla decisione di sopprimere tutte le società pubbliche, senza alcuna discriminazione: la legge n. 147/2013 si concentra, invece, sull'analisi dei risultati economico-finanziari delle società pubbliche. Innanzitutto viene introdotto il sistema dell'accantonamento dell'importo pari all'eventuale perdita di esercizio di tale società.

Ma non solo: all'art.1 c.553°, estendeva a tutte le società partecipate gli obblighi di rispetto degli obiettivi di finanza pubblica. Disciplinava, così, anche la gestione del personale che opera nel pubblico, prevedendo una disciplina differenziata per l'in house, soprattutto rispetto alla mobilità tra amministrazione e società controllata, inattuabile a causa della mancanza del pubblico concorso. La gestione delle risorse umane è rilevante, nel quadro della legge in esame, poiché rappresenta un'importante voce di costo da analizzare con attenzione.

La l.n. 147/2013 risolveva, inoltre, il problema, già emerso precedentemente, dell'estensione del patto di stabilità alle società partecipate: questo era stato rifiutato in precedenza dalla Corte Costituzionale a causa della mancanza di una chiara definizione delle modalità di attuazione che rendeva impossibile l'applicabilità del vincolo alle società partecipate come più volte rilevato anche dalla giurisprudenza della Corte dei conti. Ai sensi della nuova disciplina contenuta nella legge di Stabilità, l'estensione alle società in house degli obblighi dell'amministrazione pubblica si lega anche all'estensione del patto di stabilità alle stesse. La stessa disciplina supera i precedenti problemi applicativi e ne dichiara l'immediata attuazione, supportata da precisi parametri di valutazione: per i servizi pubblici locali i parametri standard dei costi e dei rendimenti sono

identificati in quelli previsti nella banca dati delle amministrazioni pubbliche⁶⁹, mentre per i servizi strumentali si fa invece riferimento ai prezzi di mercato⁷⁰.

Quanto è stato detto in merito alla legge di stabilità del 2014, significa il superamento dell'autonomia patrimoniale delle società pubbliche e l'adozione di criteri basati sull'economicità e l'efficienza per decidere quali, tra le suddette società, mantenere in vita. Restava ancora, in ogni caso, il vuoto normativo a livello italiano ed europeo in merito ad una disciplina specifica per gli affidamenti in house, che pur presentano caratteri di assoluta specificità.

⁶⁹ Art.13, l.n. 196, 31 dicembre 2009

⁷⁰ M.PANI – C.SANNA, *L'evoluzione della disciplina delle società in house nella legislazione e nella giurisprudenza*, Amicolibro, 2014, p. 76 ss.

CAPITOLO DUE

Nuove direttive europee: novità e in house

2.1 Principi ispiratori delle nuove direttive

La mancanza di una disciplina organica per le società in house, già consolidata in giurisprudenza e nella prassi, insieme alla necessità di riformare le procedure di appalto e concessioni, hanno spinto l'Unione Europea ad emanare tre direttive, in merito, agli inizi del 2014. La situazione economico-finanziaria degli enti locali ha, come si è detto, fatto spostare l'attenzione sugli investimenti pubblici e le loro modalità di gestione. I vincoli di finanza pubblica hanno aperto le strade ad altri strumenti di gestione o di organizzazione, quali le società miste o in house, in luogo della logica esclusiva dell'appalto.

Il mercato degli appalti pubblici nell'unione europea è molto vasto. Ogni anno più di 1/4 di milione di istituzioni pubbliche e autorità nell'unione europea spendono all'incirca il 14% del loro pil (o gnp) per acquisire servizi, lavori o beni di ogni genere. Questo è un importante canale della spesa pubblica che genera un mercato di beni, servizi e lavori da parte di imprese nazionali o straniere.

Negli ultimi anni gli stati membri dell'unione europea hanno fatto un importante passo in avanti per dare nuova disciplina alle forme di affidamento⁷¹.

È importante soprattutto evidenziare la filosofia di base e il nuovo approccio del legislatore comunitario. Nel 2011 La Commissione europea, partecipando all'insieme delle proposte promosse del Single Market Act (Atto per il mercato

⁷¹ Sulla base del dossier di dentons.com alla luce dei dati ricavati da http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_en.htm

Unico) del 13 aprile, ha presentato il cosiddetto pacchetto direttive, in materia di appalti pubblici e concessioni.

Nel suddetto atto erano individuate “dodici leve”⁷² che consentissero una revisione in chiave moderna del sistema degli affidamenti, allo scopo di stimolare la crescita nel mercato unico attraverso un programma che comprendesse azioni e norme atte a garantire la semplicità e una maggiore flessibilità nelle procedure di affidamento da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sempre promuovendo la tutela della concorrenza come principio base. In aggiunta, vi era lo scopo di favorire l'interoperabilità elettronica del mercato interno. La Commissione europea, in sintesi, si è espressa al fine di favorire il perfezionamento e il completamento del mercato unico.

Dal punto di vista legislativo, erano tre le proposte presentate all'interno del pacchetto direttive appalti pubblici: una riguardante i settori ordinari, una sulle procedure d'appalto dei settori speciali e, infine, una proposta sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Tali proposte di direttive sono state presentate contestualmente, al fine di avere un quadro normativo organico ed efficace, nonché applicabile al servizio di un mercato unico europeo. Per questo motivo sono ricorrenti, nella lettura delle tre direttive, definizioni e concetti, nonché disposizioni simili nella forma e coincidenti nella sostanza. Ne è un esempio la definizione di in house che compare nelle tre direttive.

Quest'ultime, sono state pubblicate il 24 marzo del 2014, e in particolare:

- la direttiva n.24/2014 si concentra sugli appalti pubblici (conosciuta come "direttiva classica") che abroga la direttiva 18/2004/CE,
- la n.25/2014 sugli appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, trasporti e servizi postali (direttiva dei settori specifici) e che abroga la direttiva precedente 17/2004/CE,
- infine, la direttiva n. 23/2014 si occupa di concessioni di lavori e servizi.

⁷² Comunicazione della Commissione Europea, COM(2011) 206 definitivo – “L'Atto per il mercato unico -Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia”

Quella delle nuove direttive 2014/23-24-25/UE è una vera rivoluzione che si realizza tramite la trasposizione dei principi comunitari nell'approvvigionamento di lavori, beni e servizi nei settori ordinari e speciali, nell'imposizione di una mentalità non più esclusivamente orientata al mercato degli spazi comunitari ma di promozione sociale, ambientale e di coesione sociale, nella tutela delle PMI quando si declinano le direttive in sede applicativa, e infine, nella regolazione delle società in house.

Tutto questo si lega a Europa 2020 (documento della Commissione Europea). Ne deriva, perciò, che gli appalti pubblici sono a servizio delle politiche dell'Unione europea, sono perno e strumento non solo degli investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici in condizioni che assicurino un'accresciuta efficienza della spesa generata dalla domanda pubblica di contratti di lavori, servizi e forniture, a fronte di una ridotta disponibilità di risorse, ma anche di ulteriori politiche pubbliche, a proposito delle quali le commesse pubbliche possano rivestire un ruolo strategico, promuovendo l'innovazione, l'accesso al mercato delle PMI, la tutela ambientale e la responsabilità sociale.

In poche parole, come sostiene il documento Europa 2020, *“we want the EU to become a smart, sustainable and inclusive economy. These three mutually reinforcing priorities should help the EU and the Member States deliver high levels of employment, productivity and social cohesion”*. La sostenibilità deve essere tradotta nella ricerca dell'efficienza delle risorse, nell'impiego delle risorse e nell'attenzione all'ambiente, come è anche importante per l'Europa avere riguardo della coesione sociale attraverso politiche occupazionali mirate all'inclusione, senza dimenticare i know-how alla base dell'innovazione per la competitività.

La visione strategica principale identifica la necessità di perfezionare il mercato unico, affinché crescita e occupazione si sviluppino in mercati collegati, in modo da sfruttare il crearsi di sinergie positive.

Perché questo sia fattibile, si è reso necessario affidare alla Pubblica amministrazione la responsabilità nella gestione delle procedure di affidamento o

di aggiudicazione, con supporto della tecnologia per una migliore copertura informativa (Information Technology) e permetterle di interpretare in fase di recepimento, a seconda delle proprie esigenze, le norme disposte dalle direttive e dare un proprio feedback concreto in merito all'applicabilità delle stesse.

La Pubblica amministrazione ha condotto per troppo tempo gli affidamenti mediante procedimenti automatici, spesso sregolati e che hanno significato un comodo espediente a nascondimento dei conflitti di interessi o di fenomeni corruttivi, che possono annidarsi nell'incessante azione della Pubblica Amministrazione per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture .

La fase di recepimento da parte degli Stati, lasciati liberi di attuare le direttive con gli strumenti da loro ritenuti idonei, ha generato una inevitabile e necessaria “concorrenza” tra di essi. È solo grazie a questa libertà che si manifesta la sovranità dello Stato rispetto alle disposizioni sovranazionali, la cui mancata attuazione porta ad un'inevitabile perdita di autorevolezza nella compagine UE e al ben più oneroso rischio di sanzioni.

L'eventuale negligenza dello Stato membro causerebbe delle conseguenze negative anche internamente, oltre che a livello comunitario: lo Stato comprometterebbe l'efficienza e l'efficacia della spesa pubblica, che è contemporaneamente potente motore di sviluppo economico e attrattore di capitali, la cui mancanza ne bloccherebbe lo sviluppo.

La solidità delle suddette direttive è supportata dalla loro comprensione di quanto disposto dalle sentenze della Corte di giustizia e contemporaneamente dal superamento delle stesse: sono infatti introdotte per la prima volta definizioni giuridiche più dettagliate per chiarire alcuni concetti di base, permettendo al diritto di ricevere una applicazione prevedibile, conseguente la possibilità di avere una chiara formulazione.

Possiamo ricondurre a tre i principali obiettivi perseguiti dalle direttive :

1) uso più efficiente dei fondi pubblici. Le sfide sono quelle di realizzare maggiore semplificazione, maggiore flessibilità delle procedure, e attuare procedure corrette;

2) mercato degli appalti aperto a livello dell'Unione. Le sfide sono quelle di realizzare regole favorevoli verso le PMI e gli offerenti transfrontalieri;

3) promuovere l'innovazione, comprensiva della cd. eco-innovazione, definita dalla Commissione (COM (2011) 896 definitivo) "qualsiasi forma d'innovazione che riduce impatti negativi per l'ambiente, aumenta la resistenza alle pressioni ambientali e consente un uso più efficace e responsabile delle risorse naturali" e promuovere la tutela ambientale e la responsabilità sociale⁷³.

La finalità è quella di ottenere un più vantaggioso rapporto qualità-prezzo per le amministrazioni pubbliche e contemporaneamente un beneficio sia ambientale che sociale .

Le direttrici d'azione finalizzate alla semplificazione possono essere argomentate in questi punti:

- superare la distinzione tra cosiddetti servizi prioritari e non prioritari (servizi di tipo A o B) con individuazione di norme specifiche per i servizi sociali e per specifici servizi;
- aumentare gli strumenti a disposizione;
- favorire comunicazioni elettroniche e appalti elettronici e aggregazione della domanda;
- modernizzazione delle procedure;
- lotta alle prassi commerciali scorrette.

⁷³ Cfr. P. ZANETTI , *Le nuove Direttive europee in materia di appalti e concessioni: obiettivi europei, prospettive di recepimento, attività di supporto della Commissione europea*, Seminario del 7 febbraio 2014, in *CINSEDO – Atti del “Ciclo di Seminari specialistici sulle politiche europee” 2013-2014*, Roma, p. 1-3.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, a favore delle PMI sono incentivate le misure volte alla suddivisione degli appalti in lotti, oltre che all'individuazione di requisiti necessari per partecipare che rispettino pienamente il principio di proporzionalità, che porta con sé il conseguente divieto di imporre requisiti di fatturato per un importo superiore al doppio del valore dell'appalto. Ai fini di una maggiore chiarezza e trasparenza, infine, viene imposto il pagamento diretto degli eventuali subappaltatori.

Uno spazio non marginale, per concludere, lo rivestono la tutela ambientale e l'innovazione. In tutte le direttive si desume l'importanza trasversale di :

- adottare il calcolo dei costi del ciclo di vita e del processo di produzione;
- dare giusto rilievo e centralità al diritto del lavoro, alla previdenza sociale e all'ambiente;
- favorire l'innovazione attraverso scambio di risorse e conoscenze, favorite da strumenti come il partenariato.

Analizzando i punti appena elencati, in merito al superamento della differenziazione dei servizi prioritari da quelli non prioritari, gli artt. 114-117 Direttiva 2014/24/UE esprimono l'esigenza di far emergere degli specifici servizi rispetto agli altri. Si tratta, per l'appunto, di servizi sociali, sanitari e scolastici, che, per loro natura sono concepiti e trattati diversamente dai diversi Stati a causa della disomogeneità culturale che attraversa il territorio europeo.

In generale possiamo identificare tali servizi nelle fattispecie di servizi sanitari, servizi sociali e servizi amministrativi, servizi legati alla più larga definizione di istruzione, assistenza sanitaria e cultura, servizi di sicurezza sociale obbligatoria, servizi di prestazioni sociali, altri servizi pubblici, sociali e personali, inoltre, organizzazioni politiche e quelle a tutela dei lavoratori, dei giovani e altri servizi di organizzazioni associative, comprese quelle di carattere religioso e internazionale.

La previsione di una soglia più elevata per gli appalti pubblici che hanno ad oggetto questo tipo di servizi, è un chiaro esempio di questa volontà.

Il principio della parità di trattamento per gli operatori, garantito da una maggiore trasparenza, invece, non rappresenta un elemento di novità, ma influenzati dalle pronunce della Corte di Giustizia, che sono state già analizzate.

In questa rigida gabbia normativa, è compito degli Stati membri trovare i propri spazi per definire e fornire le proprie valutazioni seguendo sia criteri qualitativi che di sostenibilità sociale, affinché l'affidamento avvenga sulla base del criterio qualità-prezzo. Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione finora applicato in base alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, noto come offerta economicamente più vantaggiosa, il legislatore europeo ha coniato un termine diverso, e cioè il «miglior rapporto qualità/prezzo». L'offerta più vantaggiosa è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia valutato sulla base di criteri quali gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'appalto.

In questo modo passano in primo piano la qualità e l'innovazione, così da includere gli aspetti ambientali e sociali, con particolare riferimento alla tutela dell'occupazione e delle condizioni di lavoro nonché a favore dei disabili e di altri gruppi svantaggiati.

Per garantire la flessibilità, invece, viene individuato un più ampio ventaglio di strumenti a disposizione.

Negli appalti pubblici, per esempio, viene ampliato il numero di strumenti per la scelta del contraente, comprendendo anche il sopracitato partenariato per l'innovazione.

Per quanto riguarda la semplificazione, invece, le direttive danno ampio spazio ai mezzi di comunicazione elettronici degli appalti e per un migliore scambio di informazioni, ai fini della procedura negoziale e della comunicazione delle offerte.

L'utilizzo congiunto di strumenti telematici e informatici permette una maggiore tempestività nello scambio di dati.⁷⁴

Le direttive comunitarie, in generale, sono finalizzate a perseguire e tutelare interessi economici e finanziari degli Stati nazionali promuovendo un uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici (n. 2 Direttiva 2014/24/UE, n. 4 Direttiva 2014/25), avendo contemporaneamente la garanzia della massima efficienza nell'uso dei fondi pubblici (Dir. 2014/23/UE) eliminare le persistenti distorsioni del mercato interno e favorire altresì l'efficienza della spesa pubblica (n. 4 Direttiva 2014/23), consentire un'utilizzo ottimale dei mezzi finanziari attraverso un'ampia concorrenza per quanto riguarda i prodotti, lavori o servizi di uso comune o pronti per l'uso che sono generalmente disponibili sul mercato (n. 73 Direttiva 2014/25). Sono questi i presupposti per avere una maggiore semplificazione e flessibilità delle procedure e, soprattutto, per attuare procedure corrette.

Infine, consentire alle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse (n. 45 e art. 2 Direttiva 2014/23).

Inoltre, le direttive rilevano il ruolo delle risorse finanziarie pubbliche in merito al caso in cui vi è la presenza di un organismo di diritto pubblico, che beneficia del finanziamento pubblico prevalente, e nel caso di un'impresa pubblica, in cui è necessaria la sussistenza di un'influenza dominante per proprietà o partecipazione finanziaria da parte del pubblico.⁷⁵

Rilevante, soprattutto per l'oggetto della nostra analisi, è il principio di libertà di organizzazione che risulta dalle nuove direttive. La pubblica amministrazione non

⁷⁴ N.TORCHIO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale di magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014, pp.1-11

⁷⁵Cfr. E. SFRECOLA, *Il nuovo codice dei contratti nel sistema di finanza e contabilità pubblica*, in www.giuristidiamministrazione.com, p.3

è tenuta alla esternalizzazione, ma può scegliere se appunto adottare questa scelta di outsourcing oppure si gestirla in proprio: ovvero il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche (art.2)⁷⁶. La disciplina degli appalti e il diritto dei contratti entrano in gioco solo quando l'amministrazione abbia deciso per l'outsourcing, chiaramente. Il principio ha già trovato traduzione nel nostro ordinamento, tramite la Corte Costituzionale⁷⁷, richiama la Corte di Giustizia dell'unione europea che ha riconosciuto il fatto che rientra nel potere organizzativo dell'autorità pubblica degli stati membri autoprodurre servizi o lavori mediante ricorso a soggetti che siano legati a quest'ultimo dalla relazione organica, come l'affidamento in house, oppure individuare operatori sul mercato.

Ai fini della nostra analisi, conviene ricostruire il cambiamento che ha rappresentato la triade delle direttive del 2014 rispetto all'in house providing.

In merito all'in house providing, è stata per la prima volta riconosciuta a livello normativo europeo come terza forma di organizzazione, in aggiunta alle normali procedure di aggiudicazione e affidamento.

In ambito dell'ordinamento giuridico comunitario si instaura una nozione più ampia di servizio pubblico, o servizi di interesse generale, per cui non si esaurisce nei servizi gestiti ed erogati da una amministrazione pubblica, ma si estende anche nella previsione della possibilità della amministrazione di affidarli all'esterno, in mano a terzi.

⁷⁶ Cfr. C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, Roma, novembre 2014, in C.CONTESSA- D.CROCCO, *Guida alle nuove direttive europee sugli appalti e sulle concessioni*, DEI ,Anno 2015, p.6. Si veda anche C.VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi, dal titolo "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione". Il convegno si è tenuto a Villa Monastero, Varenna (Lc), nei giorni 17, 18 e 19 settembre 2015, p.5, in cui viene individuato come uno dei principi fondamentali del diritto europeo in tema di appalti pubblici e concessioni il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, ovvero della libertà per i soggetti pubblici di organizzare (autorganizzare) come meglio ritengono le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse attraverso l'autoproduzione, la cooperazione e l'esternalizzazione.

⁷⁷ Corte Costituzionale, 28 marzo 2013, n.50, in *Giur. Cost.*, p.13

Già a partire da due direttive del 2004, 2004/17/CE e 2004/18/CE, recepite in Italia con il decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 “Codice dei contratti pubblici”, era stata accettata la possibilità che l'erogazione dei servizi di interesse generale potesse essere gestita da privati o tramite una collaborazione pubblico-privata. Come è già stato ricordato, si è affermata, sia a livello comunitario sia nell'ordinamento italiano, la centralità della procedura dell'evidenza pubblica ed elevarsi a garante del libero mercato per il soddisfacimento degli interessi pubblici.

Di conseguenza, a prescindere che un fenomeno come l'in house sia, o meno, largamente usato, abusato e riconosciuto non è rilevante ai fini della legittimità dello stesso, poiché sono accettati solo i casi espressamente indicati nelle norme comunitarie e nazionali di recepimento. Questo perché, al di fuori delle stesse, non è possibile, in tesi, garantire che l'attività negoziale privata, posta in essere dall'amministrazione, persegua nel concreto gli interessi pubblici.

Nel quadro normativo esaminato, erano previste, in particolare, due fattispecie di deroga:

- la concessione di servizi pubblici, che presuppone il rapportarsi di tre soggetti quali l'amministrazione, il concessionario e l'usufruitore, ovvero l'utente finale (ai sensi dell'art. 1 della Direttiva 2004/17/CE) ;
- l'affidamento ad una diversa amministrazione aggiudicatrice o ad organismo di diritto pubblico da parte di un'amministrazione aggiudicatrice (ai sensi dell'ex art. 25 della Direttiva 2004/17/CE e art. 18 della Direttiva 2004/18/CE) come previsto anche dall'art. 19, c.2°, del Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 163/2006).

Se la norma dettava queste due eccezioni sopra riportate, nella prassi e nella giurisprudenza si riconosceva un'altra forma di affidamento di servizi pubblici, la quale si era diffusa a cominciare dagli anni Novanta, come reazione ai processi di privatizzazione, ma che nessuna legge aveva previsto in modo positivo: l'in house.

Fino al 2014 pesava la mancanza di normativa positiva che disciplinasse queste particolari forme organizzative di stampo privatistico a totale partecipazione pubblica. Il fatto che le stesse fossero spesso, nella prassi, affidatarie di servizi pubblici, ha aperto la strada ad un'intensa attività giurisprudenziale a livello comunitario, poi confermata anche nei confini nazionali italiani, atta a delineare i contorni di questa particolare modalità di affidamento diretto di servizi pubblici locali. È importante dare il giusto rilievo al fatto che essa sia esplicitamente riconosciuta come forma di organizzazione interna, poiché è questo tipo di legame che definisce la peculiarità del rapporto tra amministrazione e società in house.⁷⁸

Analogamente la spinta delle Dodici leve che ha portato alla triade di direttive del 2014, ha rappresentato la svolta dal punto di vista legislativo, sia per l'Europa che per le diverse legislazioni interne. In Italia è stata una forte occasione anche per il codice del sistema nazionale degli appalti pubblici, che è stato portato a superare il suo immobilismo.

Non sono stati pienamente soddisfatti e rispettati i principi postulati dal Forum europeo in materia di in house⁷⁹: ovvero principio della carenza manifesta del mercato, principio di specialità dell'oggetto sociale dell'ente in house, principio di territorialità nell'operatività dell'ente in house e, infine, principio di mandato a termine per la percentuale di attività sul mercato dell'ente in house.

Sotto tali aspetti le nuove direttive mancano di una decisa presa di posizione sugli aiuti di Stato, nonostante la precedente sentenza Altmark⁸⁰ e la decisione della Commissione tramite il cosiddetto pacchetto Almunia, ma soprattutto si discostano

⁷⁸ Direttiva 2014/24/UE, art. 12, par. 1

⁷⁹ Cfr. C. RANGONE, relazione *In house e cooperazione pubblico pubblico nel trattato, nella giurisprudenza della corte e nelle nuove direttive appalti e concessioni*, Convegno IGI, 27 febbraio 2014, p. 13

⁸⁰ Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, C-280/00, in *eur-lex.europa.eu*

dalla rigidità e dalla trasparenza richiesta dal Forum europeo, conforme, per esempio, a quanto già disciplinato in merito all'in house dei trasporti⁸¹.

2.2. Le direttive n. 23, 24, 25 del 2014: quali novità per l'in house (limiti, controllo analogo e attività prevalente)

L'istituto dell'in house providing a partire dalla nota sentenza Teckal e dalla conseguente elaborazione giurisprudenziale, era stato già caratterizzato e definito nei suoi elementi essenziali e dall'applicazione delle speciali regole ad essi inerenti.

Specificatamente con la direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, il legislatore europeo risponde alla necessità di una regolamentazione espressa della disciplina delle società in house attraverso una norma, non più negativa, che recepisce l'orientamento della Corte di Giustizia.

Nella Direttiva appena citata, in particolare, viene affrontato il problema dell'applicazione pratica e dell'incidenza della nuova disciplina, che sono conseguenze del loro recepimento all'interno della disciplina nazionale.

Il fatto che si decida di dare una normativa positiva all'istituto in questione, rende la disciplina sicuramente più certa ma allo stesso tempo più rigida rispetto alle eventuali modifiche apportabili, e meno flessibile la sua interpretazione in sede di recepimento da parte degli Stati. Anche l'intervento giurisprudenziale, diviene residuale e secondario.

Il processo di stesura delle norme recanti le prime indicazioni sulla disciplina dell'in house è stato lungo e non senza difficoltà, a causa della diversa concezione

⁸¹ Parlamento Europeo e Consiglio, 23 ottobre 2007, Regolamento (CE) n. 1370/2007

della Commissione, espressa nel COM 2011(896) definitivo del 20 dicembre 2011 e che si atteneva all'idea originaria, e relativamente restrittiva, che era stata data dalla Giurisprudenza europea, e della volontà di allargare e ampliarne l'applicazione da parte di alcuni Stati. Il risultato finale del testo si attiene alla tradizione e all'idea iniziale, pur apportando alcuni elementi innovativi: non ci si allontana dallo schema dei c.d. “requisiti Teckal” ma sono introdotte alcune rilevanti novità.⁸²

Come premessa doverosa, al punto 5 della direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, il legislatore europeo pur riconoscendo la posizione della Corte costituzionale, secondo la quale l'affidamento di un appalto ad una società in house rappresenterebbe una deroga al principio comunitario della libera concorrenza, d'altra parte non dispone l'obbligo dell'applicazione della disciplina degli appalti, ma lascia liberi gli Stati membri di prestare essi stessi i servizi o attraverso le loro articolazioni interne (pur nel rispetto della presente direttiva).

Con questo modo di formulare la norma, il legislatore non vuole porre come opposti l'in house e l'appalto, né preferisce l'uno all'altro. Infatti non vi è lesione del principio di libera concorrenza dal momento che, trattandosi di un fenomeno di autorganizzazione, la società in house non è altro che parte integrante della pubblica amministrazione.

Formalmente nell'ordinamento giuridico europeo il concetto di società in house è stato introdotto dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE che non è dedicato espressamente all'in house providing ma, essendo intitolato “Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico”, si occupa della nuova disciplina in maniera implicita.

È importante precisare che la previsione di cui all'art. 12, che disciplina l'in house nei settori ordinari, può essere assunta anche per l'in house nell'ambito delle

⁸² Si veda C.CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., p.2

concessioni e dei settori speciali, essendo confermato dall'identità dei testi normativi specifici. Di conseguenza, l'analisi che viene fatta del suddetto articolo di legge, contenuto in una direttiva, è estensibile agli articoli speculari contenuti nelle altre due.

L'applicazione della disciplina in house, non lasciando, ovviamente, spazio all'applicazione della disciplina in materia di appalti, presuppone quanto già sostenuto: l'affidamento in house non è un'eccezione al principio di concorrenza e alle procedure ad evidenza pubblica, ma un tipo di affidamento a sé stante e parimenti legittimo.

Al paragrafo 1 dell'art.12 è disciplinato il cosiddetto in house "classico", ovvero il caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida direttamente un contratto ad una società sottoposta al suo controllo analogo e che svolga l'attività prevalente a suo favore.

La disposizione in commento fornisce una definizione indiretta dal momento che definisce i requisiti e le condizioni in presenza delle quali è possibile l'aggiudicazione di appalto pubblico ad una persona giuridica che sia di diritto pubblico o di diritto privato, delimitando un campo di applicazione ben più ampio della nozione di società in house diffusasi. Così la norma qualifica l'affidatario in modo indipendente dalla veste giuridica che la stessa società assume, quindi comprendendo l'in house tra le diverse possibilità e addirittura spingendosi ad affermare che il soggetto affidatario potrebbe anche non trattarsi, formalmente, di una società. La nozione di società in house, quindi, è apparentemente più labile e ampia di quanto non fosse stato prospettato, ovvero comprensiva di varie sottospecie.

A livello normativo ci si discosta, in modo non apparentemente evidente, dalla posizione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sui requisiti per l'affidamento diretto.

Scendendo nello specifico, la norma introduce requisiti nuovi, o quantomeno rinnovati e specifici, che sono richiesti e indispensabili per poter ricorrere all'affidamento in house:

- a. l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica in questione un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b. oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e
- c. nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata⁸³

Possiamo analizzare uno per volta tutti i requisiti. Il primo di questi, è il controllo analogo, noto requisito ricorrente sin dalle prime definizioni di società in house, ora maggiormente dettagliato ai fini di una più facile comprensibilità e applicabilità: all'art.12⁸⁴ la norma, accogliendo la nozione di controllo analogo già nota e sviluppata dalla giurisprudenza europea, definisce questo tipo di rapporto come analogo a quello esercitato sui propri servizi, ma il problema è la limitazione di questo controllo. Infatti, attenuando il concetto già elaborato dalla Corte di giustizia, concepisce il controllo analogo solo in presenza di un'influenza “determinante”⁸⁵ che si ripercuota sugli obiettivi di natura strategica ma anche

⁸³ Direttiva 2014/24/UE, art. 12, par.1

⁸⁴ Direttiva 2014/24/UE, art. 12, par.1 “Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice”.

⁸⁵ Così come era già stato definito al livello di Corte di Giustizia: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. III, 13 novembre 2008, causa C-324/07 (Coditel Brabant), punto n. 28, in <http://eur-lex.europa.eu> “Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli

sugli atti e decisioni degne di nota prese dal soggetto controllato. In aggiunta, la norma legittima i casi in cui tale controllo sia esercitato, non dall'amministrazione in questione, ma da una persona giuridica già controllata dalla stessa. Così facendo, viene contemplato dalla normativa un tipo di controllo analogo che sia esercitato su più livelli organizzativi, giustificato dal fatto che il fine ultimo di questo requisito sia quello di consentire una sostanziale influenza determinante sull'altro soggetto: il controllo esercitato su due livelli, infatti, ha come conseguenza di aumentare l'ampiezza e la profondità dello stesso⁸⁶.

Questo controllo analogo di terzo livello, o indiretto, è riferito, d'altra parte, a quei casi-limite quali le holding degli enti locali, sviluppatesi in alcune realtà nazionali come deroga alle procedure di appalti, come nel caso italiano, dove le norme che lasciavano intendere una maggiore libertà in tal senso erano state più volte censurate dalla Corte Costituzionale⁸⁷. Il fatto che la norma si applichi al caso specifico delle holding degli enti locali, non causa una deroga illegittima del principio generale comunitario, che avrebbe a sua volta provocato l'opposizione della Corte di Giustizia.

La norma europea prevede che debbano essere presenti in entrambi i livelli di controllo, per cui, la mancanza del controllo stesso anche in uno solo dei livelli considerati, non consente di ricadere nella fattispecie consentita.

obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente". Si vedano anche Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. I, sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04 (Carbotermo), punto n. 36, in <http://eur-lex.europa.eu> "Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società, e Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. I, 13 ottobre 2005, causa C-458/03 (Parking Brixen), punto n. 65, in <http://eur-lex.europa.eu> "Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti", che usano dizioni identiche.

⁸⁶ Cfr. MATTIA PANI – CARLO SANNA, *L'evoluzione della disciplina delle società in house nella legislazione e nella giurisprudenza*, cit., p. 106

⁸⁷ C. SANNA-M. PANI-R. ANGIONI, *Società in house. Criticità e prospettive*, Cesda Editori, luglio 2014, p. 29

Cercando di capire cosa si intenda in concreto con l'ampiezza di tale controllo, e la differenza rispetto alla tradizione giurisprudenziale, abbiamo già visto come nella sentenza *Teckal* la Corte ha fornito una prima definizione di controllo analogo che la Commissione ha interpretato quale “*un assoluto potere di direzione coordinamento e supervisione [...] che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione*”.⁸⁸ Simile dicitura era possibile riscontrare nelle sentenze *Stadt Halle* e *Parking Brixen*, che tra l'altro teorizzavano la necessità della partecipazione esclusivamente pubblica al capitale della società controllata, al fine di preservare la sussistenza del controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Il suddetto requisito era stato irrobustito dalla giurisprudenza comunitaria, soprattutto nelle due famose decisioni del 2005 con le quali si è detto che il controllo analogo presuppone la partecipazione non maggioritaria ma totalitaria, pena l'inammissibilità dell'affidamento in house.

L'esenzione dalle procedure di gara, come ritornava a ripetere la Corte di Giustizia⁸⁹, non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura di gara offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Si escludeva, così, il rapporto con un ipotetico “terzo”, poiché l'affidamento è esercitato, in sostanza, come forma di autorganizzazione.

⁸⁸ Commissione, nota del 26 giugno 2002, punti 34-35

⁸⁹ Corte di Giustizia UE, Sez. V, 19 giugno 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, punto 44, <http://publications.europa.eu/it>, p. 7: “Qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione «in house» non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, è applicabile”.

Va ricordato, in ogni caso, che non era sufficiente la partecipazione totalitaria del pubblico, anche se per garantire la configurabilità di un'ipotesi di in house esso costituisce sicuramente un presupposto a ciò necessario.

Veniva ribadita la necessaria presenza in concreto di un rapporto molto stretto, garantito tramite strumenti di controllo da parte dell'ente controllante e per mezzo di un ridimensionamento dei poteri del consiglio di amministrazione, che consentano allo stesso di indirizzare la gestione della società. In altre parole, il requisito tradizionale comprendeva l'esistenza anche di sintomi di penetrante ingerenza nella gestione della società, da valutarsi alla stregua delle previsioni statutarie.

Ancor di più, era necessario che vi fosse unitarietà di intenti tra controllato e controllante e tale affinità fosse evidente ed espressa sia dall'oggetto sociale che dalla struttura societaria.

Sono questi i punti di partenza che hanno portato alla concezione di quell'influenza determinante che viene richiesta dalle Direttive del 2014, e che sia ravvisabile sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'affidatario. È senz'altro vero che in una prima fase della giurisprudenza della corte di giustizia ci si è attenuti ad una nozione molto forte di controllo analogo, ovvero in sostanza che potesse parlarsi di controllo analogo solo se gli amministratori della società in house non conservassero praticamente nessun autonomo potere gestionale e questo lo si riscontra, non tanto nella sentenza Teckal, ma lo si nota soprattutto nella sentenza Parkin Brixen del 2005 e in Carbotermo del 2006. Successivamente, però, alcune altre decisioni a partire dalla sentenza Setco del 2009⁹⁰ hanno nettamente modificato la nozione di controllo analogo ritenuta rilevante: in particolare la sentenza Setco ha ammesso con chiarezza la possibilità del controllo analogo congiunto, cioè ripartito fra più soci pubblici e ha ammesso e ha precisato che questo controllo analogo deve esprimersi e può esprimersi anche

⁹⁰ Corte di Giustizia, Terza Sezione, 10 settembre 2009, C-573/07, in www.eur-lex.europa.eu, si è espressa a favore del controllo analogo esercitato congiuntamente, non individualmente. I giudici rimandano alla sentenza Coditel Brabant, punto 46.

attraverso la partecipazione ad organi collegiali che deliberano a maggioranza, in cui, quindi, la posizione del pubblico è marginale e rischia di restare tale. La sentenza Setco si è chiesta in cosa consista il controllo analogo: consiste, a dire dei giudici, nella possibilità d'influenza determinante sugli obiettivi strategici e, quindi, nella possibilità di influire sulle decisioni importanti, che è cosa diversa dal controllo stringente che ha il superiore sul dipendente (punto 65 della sentenza).

Le suddette direttive hanno subito l'influenza delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria, a partire dalla riconferma del fumoso concetto del controllo analogo, ma hanno attenuato anche il requisito che richiedeva che la totalità del capitale in mano pubblica. La novità della riforma consiste nell'ammissione della presenza di privati nel capitale sociale, a patto che questi ultimi non siano in grado di esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica affidataria. È il secondo scostamento importante con riferimento al controllo analogo da parte della direttiva: ammette forme di partecipazione di capitali privati che non consentano agli stessi di esercitare il controllo sull'ente o potere di veto; inoltre si dispone che i criteri per l'ammissione della partecipazione al capitale di privati seguano disposizioni legislative nazionali e che sia in conformità ai trattati. Infine che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata⁹¹.

L'importanza di questa nuova apertura ai privati è sottolineata anche formalmente, dal momento che il suddetto requisito viene separato dagli altri requisiti.

Come è evidente, la previsione in questione risulta indubbiamente innovativa sia rispetto a una consolidata tendenza giurisprudenziale nazionale, che si è espressa negativamente sulla partecipazione dei privati a causa del venir meno del rapporto di delegazione interorganica, sia rispetto all'iniziale proposta normativa della Commissione europea, che voleva l'affidamento diretto solo a condizione che nella persona giuridica controllata non vi fosse alcuna partecipazione privata.

⁹¹Direttiva 2014/24/UE, art. 12, par.1, lett. c)

Si supera, così, l'assoluta necessarietà del capitale interamente pubblico, nonostante che la presenza di privati rimanga, in ogni caso, molto limitata. Nello specifico, sono ammesse solo partecipazioni per così dire impotenti, dal momento che per evitare di influenzare in alcun modo la gestione dovrebbero essere private di strumenti di controllo o potere di veto. La Corte di Giustizia, che più volte era intervenuta sul controllo analogo e aveva richiesto in un primo momento la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, nelle più recenti sentenze si è dimostrata più indulgente sulla presenza di capitali privati nel caso in cui vi sia nello statuto una mera potenzialità di tale ingresso e al momento dell'affidamento non siano ancora presenti⁹².

La novella si è interrogata sul perché di questa apertura a privati: la paura è che la volontà fosse quella di dare via libera all'affidamento diretto a società miste, a partire dal fatto che ciò sarebbe contrario ai principi dei Trattati; oppure si riteneva più verosimilmente che fosse stato concesso perché i singoli Stati avrebbero potuto affidare secondo il modello in house a società controllate per la quasi totalità, ad eccezione di una esigua percentuale privata.

È evidente come sia nell'interesse degli enti pubblici, trattandosi spesso di Comuni o ambiti di governo, di accogliere nelle società controllate partecipazioni private, dal momento che garantiscono nuovo apporto di capitali ma, vista la limitata percentuale di capitale posseduta, non rischiano di interferire nella gestione. Ancor di più l'in house risulta come una nuova opportunità per la finanza degli enti locali, alla luce delle norme di contabilità più recenti che si traducono per gli enti locali in impegni finanziari preventivi⁹³.

D'altra parte è vero che per legittimare la partecipazione del soggetto privato, è necessario che quest'ultima sia prevista da una legge nazionale, e non solo in veste

⁹² Per esempio, si veda Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, C-573/07 (sentenza SEA), pt. 51, in www.curia.europa.eu, “la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta”

⁹³ A. VIGNERI, *Le nozioni, i sieg e l'autonomia locale*, in *Società pubbliche e servizi locali*, cit., p.205

di finanziatore ma di vero e proprio socio, come era già stato cercato di ottenere nell'ordinamento tedesco. Il ruolo chiave delle leggi interne, si desume dalla previsione dell'articolo 12, paragrafo 1, lett c) che parla di partecipazioni “required by national legislative provisions” (richieste dalle previsioni legislative nazionali).

La precisazione sul rispetto delle leggi nazionali, consente di esimere dal procedimento di evidenza pubblica anche tutti quei casi particolari previsti dal legislatore interno, come gli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria. Lo si può affermare alla luce di quanto emerge dalla lettura del considerando n. 32 per i settori ordinari e del n. 46 per le concessioni, in cui si parla di “compulsory membership”, ovvero di partecipazione obbligatoria. Questo a patto che si tratti in ogni caso di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata.⁹⁴

È pur vero che questo creerebbe un ingombrante precedente: qualsiasi altra “concessione” alla rigidità dei requisiti richiesti per l'in house providing, se supportata da legge interna, sarebbe tollerata, anche se divergente dall'art.12.

Anche il Consiglio di Stato si è espresso in proposito, anch'esso accogliendo un'interpretazione più indulgente rispetto al passato, nel parere 298/2015 (parere CINECA), rispetto al principio della partecipazione pubblica totalitaria.

Bisogna chiedersi se si può individuare una soglia oltre la quale si possa presumere che l'eventuale socio privato eserciti un'influenza determinante. Nelle Direttive non è stato definito questo limite, che avrebbe agevolato il compito di decidere quando l'affidamento diretto fosse vietato o meno.

La ragione di questa omissione, potrebbe stare nella volontà di non limitare la valutazione dell'influenza del socio privato ad un mero dato quantitativo, e non

⁹⁴ Cfr. S.FOA-D.GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, n.15/2015, 29 luglio 2015, pp. 9-10

anche qualitativo. In ogni caso, l'assenza di una soglia numerica precisa, innegabilmente lascia un ampio margine incertezza.

Sembra immediato e coerente considerare le società in house in cui partecipano capitali privati alla stregua di società miste. In tale caso rientrerebbe nell'ambito dei partenariati pubblico-privato definiti dalla Comunicazione interpretativa della Commissione europea del febbraio 2008: in conformità a tale documento il privato dovrebbe essere scelto tramite una gara a doppio oggetto per l'affidamento del servizio/prestazione e per il partner privato.⁹⁵

Rimane il dubbio se il Legislatore intendesse far ricadere questo tipo di affidamento in quest'ultimo ambito oppure se intendesse, come sembra più verosimile, creare una fattispecie del tutto nuova. In ogni caso, la valutazione non può prescindere dall'attuazione delle Direttive nei diversi Stati e men che meno da una analisi concreta.

Resta rilevante, perciò, la valutazione nella prassi della gestione societaria, che deve comunque mantenere il perseguimento dei fini del socio pubblico, idoneo a realizzare rapporto di delegazione interorganica tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in house⁹⁶.

L'ultimo requisito, ma non meno rilevante, richiesto per legittimare l'avvalersi dell'in house providing, è quello dell'attività prevalente.

È un requisito funzionale, non strutturale, consistente nella necessità che il soggetto in house che spende la sua attività non sul mercato ma in assoluta prevalenza in favore del soggetto ospitante.

Come abbiamo già notato, è un requisito ricorrente nella giurisprudenza comunitaria e nazionale, al pari del controllo analogo. Proprio la Corte di Giustizia

⁹⁵Comunicazione interpretativa della Commissione europea, febbraio 2008, punto 2.2.

⁹⁶ Cfr. M.PANI – C.SANNA, *L'evoluzione della disciplina delle società in house nella legislazione e nella giurisprudenza*, cit., p. 107 e ss.

aveva identificato già i criteri per valutare la sussistenza, o meno, di tale requisito, comprendendo, ai fini della suddetta analisi, tutte le attività svolte dall'affidatario (Sentenza dell'11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo SpA). Ogni tipo di attività deve essere presa in considerazione a prescindere dal raggio d'azione o dal soggetto che la finanzia. Per quanto riguarda il territorio beneficiario dell'attività in questione, la giurisprudenza riteneva però necessario che comprendesse l'ambito territoriale di riferimento dell'ente locale socio, sia che si trattasse di attività svolte nei confronti dell'ente controllante sia per conto dello stesso. Il requisito territoriale non è fine a se stesso: in caso di mancanza, non sarebbe stato possibile ipotizzarsi la ricorrenza del controllo analogo.

La giurisprudenza europea, in occasione della sentenza Carbotermo, aveva precisato che nell'ipotesi in cui diversi enti detenessero un'impresa, poteva dirsi integrato il requisito anche qualora tale impresa svolgesse la parte più importante della propria attività con tali enti complessivamente considerati. Per quanto riguarda la valutazione delle attività da comprendere nella analisi, si è propensi in concreto a individuare il fatturato come metro di misura.

Già prima delle direttive, la giurisprudenza era arrivata alla conclusione che il fatturato rilevante fosse specificatamente quello che l'impresa in questione realizzava in virtù delle decisioni dell'ente controllante, rimandando a posteriori l'analisi dello stesso per individuare una congrua soglia percentuale. Il criterio della prevalenza, in precedenza, era caratterizzato da un contenuto misto di tipo sia quantitativo che qualitativo, da analizzare secondo logica sostanziale, e questo creava un duplice problema: la misura quantitativa non permetteva di arrivare a definire una precisa misura matematica che rappresentasse il limite sotto il quale non fosse verificato il criterio della prevalenza; di conseguenza, basandosi sulle caratteristiche qualitative, che prendono come riferimento le attività svolte per il mercato e i loro sviluppi futuri, c'era il rischio di restringere eccessivamente i casi accettabili, anche nell'eventualità di una relativamente ristretta percentuale di attività svolta a favore del mercato. In questo modo, si rendeva necessaria

un'analisi diversa per ogni diversa occasione: il risultato era una insuperabile incertezza che ostacolava il suo recepimento e la sua applicazione in concreto.

Per questo motivo, con le direttive del 2014 si è tentato di superare questi problemi, nell'intento di fare più chiarezza in merito, rinnovando la formulazione del requisito dell'attività prevalente.

Solo a partire dalle Direttive del 2014, si è avuto un preciso riferimento percentuale che indicasse la soglia minima per verificare l'esistenza del requisito dell'attività prevalente: a livello comunitario, la norma ad oggi richiede che almeno l'80% di tutta l'attività sia rivolta a servizio dell'ente controllante o sia stata delegata dallo stesso. Viene introdotta una percentuale fissa che predetermina la riconducibilità di un soggetto specifico alla categoria in esame. La verifica⁹⁷ si dovrebbe affidare, come già anticipato, al fatturato medio totale dell'affidatario oppure, secondo un criterio analogo, ma meno attendibile, dovrebbe basarsi sui costi sostenuti dal controllato o dal controllante nei tre anni antecedenti l'aggiudicazione del servizio o lavoro⁹⁸. Secondo la nuova normativa, anche nel caso che nessuno dei sopracitati strumenti di verifica siano disponibili, sarà sufficiente provare con dati credibili che il requisito è rispettato in ogni caso. In sintesi, viene concesso sia un parametro di valutazione alternativo, sia un riferimento temporale, ovvero un triennio.

È la prima volta che viene dato un riferimento numerico a livello normativo, superando così l'incertezza della giurisprudenza in merito, che preferisce un'analisi personalizzata del modo in cui è esercitata l'attività prevalente. Sostanzialmente si dice che per la parte prevalente dell'attività, la direttiva ritiene sufficiente che il soggetto aggiudicatario svolga oltre l'80% della sua attività nei confronti dell'amministrazione pubblica. Il fatturato rilevante è quello realizzato direttamente a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, compreso quello realizzato nello svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione stessa.

⁹⁷ Direttiva 2014/24/UE, art. 12, par.5

⁹⁸ G.URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.it, 2012, p. 67-68

Sul tema ha espresso la sua opinione, in occasione della sentenza della Corte di Giustizia, l'Avvocato Generale Mengozzi, secondo il quale lo scarto del 20% dell'attività svolta nei confronti di altri soggetti non è una parte irrilevante: è pur sempre un quinto dell'attività.⁹⁹

Questo ha confermato la concezione di esclusività verso il soggetto pubblico non totalitaria, ma piuttosto tendenziale. A questo scopo viene lasciato il margine del 20%, entro il quale qualsiasi tipo di attività rivolta al mercato non viene vietata¹⁰⁰.

Seguendo la volontà di ridurre la complessità della valutazione, si è voluto introdurre una misura di semplificazione, che ha ampliato la categoria di soggetti che possono essere ricondotti alla rinnovata configurazione della società in house. Ma non solo: le società riconosciute come società in house possono ampliare la categoria di soggetti cui destinare la propria attività. Questo si può facilmente intuire anche dal fatto che l'attività può essere svolta non solo per l'amministrazione aggiudicatrice controllante ma anche a favore di uno o più soggetti controllati dalla amministrazione aggiudicatrice stessa, senza che sia specificato nulla sulla personalità giuridica richiesta per quest'ultimi.

Tutto ciò contribuisce alla ricerca della maggiore efficienza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse pubbliche affidate alla società in house, assecondando i principi ispiratori delle nuove direttive. Il che si riflette positivamente anche sulla controllante, soprattutto in termini di risparmio dei costi.

Per concludere questa prima analisi delle nuove disposizioni comunitarie, possiamo rilevare come, nonostante le novità introdotte, ancora una volta la concezione dell'in house sia espressa alla stregua di una deroga a partire dal primo comma dell'art. 12¹⁰¹, dir. 2014/24/UE e similmente riportato dall'art. 28 della

⁹⁹ Ai sensi delle Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Mengozzi, 27 febbraio 2014, causa C-574/12

¹⁰⁰ C.SANNA-M.PANI-R.ANGIONI, *Società in house. Criticità e prospettive*, cit., p.75 ss.

¹⁰¹ Art.12, c.1°, dir. 2014/24/UE "Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni "

direttiva settori speciali n. 2014/25/UE e dall'art. 17 della direttiva concessioni n. 2014/23/UE. È evidente che il concetto di innovazione rappresentato dalle suddette direttive va ridimensionato, dal momento che la nuova disciplina coincide sotto molti aspetti con la concezione di in house che da diversi anni si era consolidata a livello giurisprudenziale, e non solo. Novità e tradizione così combinate lasciano alcune domande su come si possa applicare in concreto la normativa e se sia possibile dare immediata applicazione alle novità introdotte dal legislatore.

2.3. Concezione e le diverse tipologie di in house

La direttiva 2014/24/UE, non si limita ad analizzare la fattispecie comune dell'in house providing, ma allo stesso art. 12 si occupa di elencare tutti i casi di deroga alla regola comune come per esempio la cooperazione pubblico-pubblico, sia verticale o istituzionalizzata, sia orizzontale. Sono tutti casi in cui il servizio non viene esternalizzato, ma delegato ad una istituzione che agisce per suo conto e ne rappresenta una estrinsecazione, ovvero il modello in house, oppure gestito insieme ad un'altra amministrazione.

Il modello, tradizionalmente concepito, di in house è disciplinato all'art. 12 paragrafi 1,2,3 e 5, mentre il paragrafo 4 è dedicata ai tipi di cooperazione pubblico-pubblico orizzontale.

Un requisito che assume diversa configurazione e forma a seconda dei diversi casi è il controllo analogo. Abbiamo già accennato, tra le diverse configurazioni di in house ammesse, all'in house a cascata (direttiva 2014/24/UE, art.12, par.1) dove un'amministrazione controllata da un'altra, a sua volta esercita un controllo analogo su un terzo soggetto. In tal caso è possibile anche l'affidamento diretto da parte della principale controllante nei confronti di quest'ultimo, se pur in mancanza di un rapporto diretto fra i due.

Altra variazione del controllo analogo si ha in merito al cosiddetto in house pluripartecipato o frazionato¹⁰². L'art.12 legittima questo tipo di in house in conformità a quanto già trattato e disposto da parte della Corte di Giustizia¹⁰³, andando anche oltre: allo stesso articolo vengono legittimati l'in house cosiddetto orizzontale e quello verticale invertito.

2.3.1 In house c.d. “inverso”

Il paragrafo 2 dell'articolo 12 prevede la particolare ipotesi di in house cosiddetto inverso poiché la direzione dell'affidamento è opposta a quella tipica.

Quest'ultimo consiste in un reciproco affidamento diretto tra controllante e controllato per cui la prima è aggiudicatrice e l'altro è affidatario e viceversa. È paragonabile al rapporto di delega che caratterizza l'in house tradizionale, ma la delega in questo caso funziona nella direzione opposta¹⁰⁴.

Il primo problema che sorge nel caso analizzato, è la conseguente mancanza di un controllo analogo, requisito che chiaramente invece è presente in direzione diametralmente opposta.

Discorso analogo riguarda il requisito dell'attività prevalente, poiché nulla è disposto riguardo all'ipotesi inversa rispetto a quella tipica di rapporto tra ente controllante e organismo controllato.

In questo caso si può giustificare il ricorso a questo tipo di affidamento diretto tenendo presente il rapporto preesistente tra affidatario e aggiudicatrice: la relazione tra le due parti consente di equiparare un atto di in house inverso come un affidamento interorganico tra parti dello stesso organismo.

¹⁰² Direttiva 2014/24/UE, art.12, par.3

¹⁰³ Come è stato già accennato in merito a Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio

¹⁰⁴ C.VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, cit., pp.10-12

Questo è il motivo per cui questo tipo di soluzione è possibile e legittima agli occhi del Legislatore europeo.

Altro aspetto da analizzare e criticare è il fatto che nell'in house inverso entrambe le amministrazioni sono aggiudicatrici: il rapporto che in sostanza si crea è paragonabile ad una cooperazione pubblico-pubblico, che in teoria è ben distinta dal modello in house.

Sorge il dubbio se fosse più idoneo includere questo tipo di affidamento tra quelli previsti dall'art.11, ovvero gli appalti affidati in relazione alla detenzione di un diritto esclusivo.

Un altro spunto di riflessione è offerto dalla previsione, anche nel caso dell'in house inverso, di non ammettere la presenza di capitali privati nella compagine societaria, se non in misura minima¹⁰⁵.

La questione sulla partecipazione privata diretta al capitale, infatti, investe anche il modello di in house invertito. Secondo disposizione, il requisito richiesto riguarda strettamente il capitale della persona giuridica controllata, ma si pone il problema come applicare e interpretare la norma in un caso particolare come quello in esame.

Infatti se, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante, questo non ostacola l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata (dal momento che viene affermato che l'entità della partecipazione di privati non incide negativamente sulla concorrenza tra operatori¹⁰⁶), la questione si complica nel caso di house verticale invertito. Si può obiettare che già nell'in house tradizionale la partecipazione di capitali privati all'amministrazione aggiudicatrice controllante osta alla definizione dell'affidamento diretto alla stregua di una delegazione interorganica. Inoltre, ha

¹⁰⁵C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., p. 16

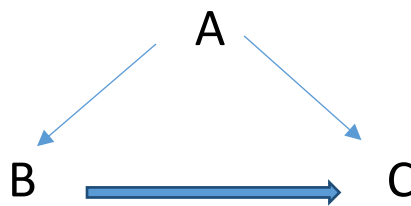
¹⁰⁶ Considerando (32), Direttiva 2014/24/UE, settori ordinari, in eur-lex.europa.eu.

creato non poche perplessità quanto espresso nel considerando riguardo alla concorrenza tra operatori economici privati, secondo cui quest'ultima non sarebbe minacciata da tali partecipazioni.

A maggior ragione, visto il doppio ruolo di aggiudicatore e controllato che riveste lo stesso soggetto, è parere condiviso che se l'amministrazione aggiudicatrice controllante è partecipata da capitali privati, non sarà possibile l'affidamento in house verticale invertito se non nei casi in cui la partecipazione rientri nei limiti di cui all'art. 12, par. 1, lett. c)¹⁰⁷.

La ratio sta nel rischio di consentire ai privati di eludere liberamente le regole della concorrenza e le procedure di gara.

2.3.2 In house c.d. “orizzontale”



Nelle direttive è stata data norma positiva anche ad un'altra forma di organizzazione, che deriva da un'interpretazione più flessibile del criterio del controllo analogo.

¹⁰⁷ S.FOA-D.GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., p. 11, secondo cui “La previsione desta alcune perplessità perché anche la partecipazione di capitali privati all'amministrazione aggiudicatrice controllante rende difficile configurare l'affidamento diretto come una mera delegazione interorganica”

Questo in house, c.d. orizzontale¹⁰⁸, coinvolge tre soggetti: il soggetto B aggiudica un appalto o una concessione a un soggetto C, e sia B che C sono controllati da un altro soggetto C.

In questo caso non c'è alcun tipo di relazione tra B e C, ma entrambi sono in relazione di in house con il soggetto dal quale sono entrambi controllati, ovvero A. Verrebbe meno il controllo analogo tra le parti, in questo modo.

La reticenza a considerarli come tipo di in house providing, sta nel fatto che non viene sostituito un organismo nuovo e distinto rispetto alle amministrazioni interessate dall'affidamento del servizio: a questo si lega, di conseguenza, la mancanza del controllo analogo.

Il controllo analogo, in realtà c'è, ma indiretto, tramite la società A: la relazione tra B e C, che grazie al loro rapporto con A le possiamo considerare come facenti parte della suddetta amministrazione, si può paragonare, analogamente a quanto si suppone per l'in house tradizionale, ad un rapporto di delegazione interorganica.

È evidente come il modello ad ora proposto si ponga come alternativo anche rispetto al tipo di relazione che intercorre tra l'affidante e controllata, poiché si struttura in maniera orizzontale piuttosto che verticale, come accade invece nel modello tradizionale.

Sulla legittimità di questo modello di organizzazione si sono interrogate in contemporanea la Corte di Lussemburgo e, su scala nazionale, il Consiglio di Stato. Per quanto riguarda la Corte di Giustizia, si è espressa in merito tramite una pronuncia¹⁰⁹ in ordine al giudizio su un affidamento diretto di un servizio di fornitura ad una società HIS GmbH, pubblica, da parte dell'Università di Amburgo. Quest'ultima, essendo partecipata in maggioranza, al pari della HIS, da tutti i Länder e per la restante parte dallo stato tedesco, non aveva alcun legame con l'aggiudicatrice. Affidataria e aggiudicatrice erano, però, controllate dalla città di Amburgo e la HIS aveva definito l'oggetto sociale esclusivamente a

¹⁰⁸ Direttiva 2014/24/UE, art.12, par.2

¹⁰⁹ Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, causa n. C-15/13, in *eur-lex.europa.eu*.

servizio di forniture per l'istruzione pubblica. Alla luce di quanto accertato e alle sue caratteristiche sopraelencate, i giudici decidevano di non ammettere l'affidamento diretto per mancanza di sufficiente controllo da parte della città di Amburgo sia sulla città, sia sulla società HIS, presupposto necessario all'esercizio di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti.

La Corte di Giustizia non bocciava, però, definitivamente il controllo indiretto che presuppone il tipo di affidamento cosiddetto orizzontale, nonostante in un primo momento gli stessi giudici escludano modelli di in house diversi dall'accezione classica, ovvero verticale. Nella stessa pronuncia, la Corte, piuttosto, specifica come preferisca non esprimersi favorevolmente o meno sull'applicazione dell'eccezione relativa agli affidamenti in house anche agli «in house orizzontali», lasciando spazio a pronunce successive.¹¹⁰

Il Consiglio di Stato, da parte sua, con una sentenza depositata lo stesso giorno della Corte di Giustizia¹¹¹ ha fatto un passo in avanti. Il caso, speculare a quello della città di Amburgo, riguardava l'affidamento a seguito di gara del servizio di pulizia di servizi igienici aggiudicato dalla Fondazione La Biennale di Venezia a favore della società Veritas Spa, società a capitale totalmente pubblico costituita ai sensi dell'art. 113 TUEL. Entrambe subivano l'influenza del Comune di Venezia e di altri Enti locali veneti, ma non c'era relazione intercorrente tra l'affidante e l'affidataria. A differenza del caso di Amburgo, però era stata predisposta una procedura di gara per l'affidamento alla società in house. Il Giudice amministrativo, andando oltre la tendenza legislativa italiana che ha sempre propenso per un'interpretazione restrittiva, lascia invece aperta la possibilità di un modello in house di questo tipo, purché mantenga i caratteri propri dell'in house, come l'esclusività dell'oggetto sociale e il fatto che il servizio/ lavoro sia di pubblica utilità. È il mantenimento dei criteri cardine dell'in house che fa

¹¹⁰ Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, causa n. C-15/13, in *eur-lex.europa.eu*, pt. 33

¹¹¹ C. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*

propendere per l'accettazione di questo modello, risiedendo l'unica differenza nella concezione di controllo analogo, dal momento che coinvolge tre soggetti piuttosto che due parti. Nelle sentenze sopracitate erano stati già delineati i caratteri dell'in house orizzontale, nonostante, nei rispettivi casi, non fossero stati verificati i requisiti richiesti, in particolare il controllo analogo.

Dalle pronunce citate, possiamo intuire come il tipo di controllo analogo richiesto all'ente controllante, affinché sia legittima l'eccezione rappresentata dall'in house orizzontale, sia esclusivo nei confronti degli altri due soggetti interessati. La presenza di tale requisito, però, non può essere sufficiente: in tale caso, l'amministrazione controllante avrebbe un riduttivo ruolo di garanzia riguardo la relazione intercorrente tra affidante e affidataria, rimanendo in concreto fuori dal rapporto tra questi ultimi. Il pericolo di questo, non risiede meramente nel sacrificato ruolo simbolico e formale della controllante, ma accrescerebbe in maniera ingiustificata i poteri manageriali dell'organismo di diritto pubblico che affida un servizio ad un suo pari, con conseguente libertà di gestione sulle ingenti risorse pubbliche. Per mediare a questa situazione è necessario che il ruolo della controllante non sia solo di facciata, ma che sia essa stessa promotrice o meno di questo particolare tipo di affidamento e ne sovrintenda lo svolgimento e l'organizzazione. In questo modo sarebbero gli organismi controllati ad essere strumenti per il raggiungimento dei fini della controllante, e non viceversa.

In concreto è ancor più difficoltoso dimostrare il questo tipo di controllo indiretto e sarà compito del giudice comunitario o di quello nazionale verificare di caso in caso la sussistenza di tali requisiti¹¹².

¹¹² F.FOGGIA, *In house providing orizzontale: modello teorico e prospettive applicative*, La Rivista Neldiritto, 2014, fasc. 8, pp. 1539-1541, definisce il controllo come esercitato non in via diretta dall'affidataria, ma in via indiretta; l'autore rileva come nel caso di in house orizzontale, qualora sia sottoposto all'analisi del giudice comunitario o di quello interno, questi ultimi dovranno porre molta attenzione all'analisi, in concreto, del soggetto da cui promana l'iniziativa dell'affidamento diretto e la valutazione della sussistenza del requisito del controllo analogo nelle circostanze del caso.

2.3.3 Cooperazione pubblico-pubblico o in house?

Diversa è la previsione di un tipo di cooperazione prevista già all'articolo 18 della direttiva settori classici del 2004 (ora disciplinata all'articolo 11 della nuova direttiva settori classici), che postulava un'ipotesi specifica di cooperazione pubblico-pubblico di carattere orizzontale.

La tale disposizione è stata formulata prendendo come punto di riferimento non solo le pronunce della Corte di giustizia, ma anche il documento di lavoro della Commissione Europea riguardante le cooperazioni pubblico –pubblico¹¹³.

Si tratta del caso previsto dal paragrafo 4, che disciplina una nuova forma di affidamento diretto che per alcuni commentatori¹¹⁴ non costituisce in house providing: si tratta delle ipotesi di cooperazione di tipo pubblico-pubblico tra amministrazioni che decidono di intrattenere rapporti contrattuali di comune interesse, ma senza costituire organismi ad hoc.

Non è assimilabile al modello in house, nonostante sia regolata allo stesso articolo¹¹⁵. In merito, era previsto che la direttiva non fosse applicabile nel caso in esame. La previsione costituiva un'eccezione, dal momento che non si poteva estendere la sottrazione alle regole generali ad ogni forma di cooperazione fra amministrazioni.

Per quanto riguarda questo tipo di relazione orizzontale, sia la Commissione che la Corte di Giustizia (nella sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-159/11) hanno concordato e confermato la sottrazione di questo tipo cooperazione tra soggetti pubblici in cui non viene istituito un soggetto ad hoc, alle procedure tradizionali

¹¹³ Documento SEC (2011) 1169 , 4 ottobre 2011, in *eur-lex.europa.eu*, p.7

¹¹⁴ C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., p.18: “Giovà premettere che le ipotesi di cooperazione qui esaminate non costituiscono in alcun modo forme di in house providing”.

¹¹⁵ Di diverso avviso M. RICCHI, *Direttiva appalti 24/2014/UE, l'analisi delle Regioni*, seminario pubblico, Roma, 9 giugno 2015 , in cui definisce come “in house orizzontale” la fattispecie del paragrafo 4.

di affidamento, solo in presenza di certe condizioni. È sulla traccia lasciata da queste due istituzioni che il legislatore europeo nel 2014 ha chiarito definitivamente le tre condizioni essenziali.

Al paragrafo 4 viene stabilito che un contratto di questo tipo, concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici, non è sottoposto alla disciplina della direttiva, nel caso in cui siano soddisfatte tali condizioni :

“a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell’ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;

b) l’attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all’interesse pubblico; e

c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione”.

Nel caso in cui sussistano tutte queste condizioni, il tipo di affidamento non sarà compreso nell'ambito di applicazione delle tre direttive del 2014, ovvero, in generale, escluso dalla normativa europea. Questo perché, nonostante il principio di libera amministrazione consenta alle amministrazioni pubbliche di stipulare accordi esclusivi, tuttavia non è scontato che il fatto che le parti siano amministrazioni basti ad eludere la disciplina di gara.

2.3.4 In house c.d. pluripartecipato

Altra variazione sul tema del controllo analogo che assume rilievo, è sempre legato a quel requisito della partecipazione pubblica totalitaria individuato dalla Corte di Giustizia e adesso superato parzialmente, ovvero la possibilità per due o più amministrazioni di esercitare il controllo analogo: l'in house pluripartecipato. Ancora una volta questa particolare ipotesi viene prevista all’art.12 della

2014/24/UE¹¹⁶, dove l'elemento che la differenzia dai requisiti previsti al primo paragrafo consiste solo nella condivisione del controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice con le altre amministrazioni con cui condivide la partecipazione al capitale.

Nonostante sia un tipo di in house partecipato da più entità, si tratta, come nel caso tradizionale, di un'ipotesi di cooperazione verticale fra amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la costituzione di un organismo ad hoc.

Anche questo profilo, che era già stato preso in considerazione dalla Corte di Giustizia (sentenze Econord e Coditel Brabant¹¹⁷) rappresenta una variazione, se non elusione, al tema del controllo analogo, per lo meno nella concezione che di questo principio si è avuta sino ad oggi.

La critica alla presenza o meno del controllo analogo, è soprattutto di natura formale, poiché non coincidente con la definizione che viene proposta al paragrafo 1. Ma anche in merito al controllo congiunto, ovvero al paragrafo 3 lett.a), ricorre il termine “controllo analogo”.

Perché sia concesso il controllo congiunto sulla società in house, devono essere verificati i seguenti punti :

1) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;

¹¹⁶ Direttiva 2014/24/UE, art.12, par.3

¹¹⁷ Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C-324/07, causa Coditel Brabant, in *eur-lex.europa.eu*, pt. 50, in cui i giudici non vietano il controllo congiunto, alla luce di una precedente sentenza (Asemfo, 19 aprile 2007, C- 295/05, punti 56-61) che ha ammesso come valida partecipazione anche di quote minime di capitale.

2) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

3) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Come concorda a livello nazionale il nostro Consiglio di Stato¹¹⁸, viene sottolineata l'importanza della totalità delle partecipazioni al capitale, piuttosto che della singola. Ma questo deve essere letto sotto due aspetti: se da un lato non è necessario che il singolo partecipante detenga un potere di controllo analogo, d'altra parte non è sufficiente che tale partecipazione sia solo minimale o fittizia, ma è necessario che garantisca alla partecipante di influire sulla gestione¹¹⁹.

È pur sempre vero che nessuna delle amministrazioni partecipanti può, a buon diritto, affermare di poter esercitare sull'organismo o società in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni, ma il punto di vista secondo cui deve essere analizzato tale controllo deve essere, in questo caso, sistemico. Sorvolando la mera formalità, infatti, possiamo affermare che l'unica differenza rispetto al controllo analogo classico, sta nel numero di soggetti che lo esercita: in un caso una sola amministrazione, nell'altro caso più di una.

La necessità di dimostrare e garantire la partecipazione attiva alla gestione della società è ancor importante laddove il capitale dell'organismo affidatario risulti frazionato fra molteplici amministrazioni aggiudicatrici, ciascuna delle quali ne detenga una quota o una porzione minima.

Per questo viene posta come requisito primario la partecipazione agli organi societari della controllata di ogni amministrazione, e non solo al capitale, come, peraltro, aveva già disposto la Giurisprudenza europea in merito alla sentenza

¹¹⁸ C. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, pt.4.3.1.2 (ma anche C. Stato 30 aprile 2009, n. 2675; 9 marzo 2009, n. 1365; 24 settembre 2010, n. 7092; 8 marzo 2011, n. 1447)

¹¹⁹ B. DI GIACOMO RUSSO, *La Corte di Giustizia Europea e l'indispensabilità del controllo analogo congiunto*, in *Giurispr.*, 1/2013, pp.48-51

Econord (Corte di Giustizia UE, Sez. III, 29 novembre 2012, cause C-182/11 e C-183/11). Nonostante non sia indicato in norma come in concreto si possa realizzare questa partecipazione attiva e influente da parte ciascuna, si può ipotizzare l'utilizzo di patti parasociali che insieme certifichi e garantisca, anche attraverso l'inserimento di organismi di controllo, quanto richiesto dal primo punto del terzo paragrafo. A questo, nella prassi, possono venire in aiuto anche meccanismi societari fondati sulla nomina diretta che ottengano lo stesso risultato di strumenti extra-statutari¹²⁰.

Questi elementi combinati insieme consentono di limitare al minimo l'autonomia residua del soggetto in house. Il tutto si traduce, nella prassi, soprattutto sui poteri di gestione e sull'autonomia del Consiglio di Amministrazione dell'ente aggiudicatario, che vengono di conseguenza circoscritti.

2.4. Conclusione

La centralità del ruolo pubblico nell'attuazione del Mercato unico e il conseguente coinvolgimento dello Stato e degli altri enti locali ha la spinta alla codificazione dell'in house in generale e in tutte le sue forme, compatibilmente con le norme del Trattato e ai requisiti Teckal e della cooperazione tra enti pubblici.

Dall'analisi del testo delle nuove direttive, non risulta un netto distacco innovativo dagli indirizzi giurisprudenziali, piuttosto si nota l'ampliamento dell'ambito applicativo. Nonostante la volontà di equiparare questo modello all'aggiudicazione tramite appalto, il legislatore si limita ad omettere di

¹²⁰ Cfr. R.MANGANI *Le problematiche operative dell'in house*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, p.17, dove si sottolinea la necessità di strumenti per garantire il controllo e che richiama anche A.LIROSÌ, *Affidamento in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in *Giust. amm.*, 2006, pp. 990 e ss., in cui l'autore sostiene che uno degli strumenti più validi per assicurare il controllo analogo sia l'adozione del sistema dualistico.

evidenziarne l'eccezionalità, a differenza di quanto fattore passato dalla giurisprudenza comunitaria.

In effetti, il cambiamento della concezione di questo istituto, da essere considerato come un'eccezione prevista solo nelle sentenze della Corte di Giustizia, fino ad assumere valenza generale, porta con sé la necessità di adottare misure differenti per attutire l'evoluzione dell'in house non solo dal punto di vista formale, quanto dal punto di vista sostanziale.

La norma confermando la facoltà dei soggetti pubblici di scegliere liberamente se ricorrere al mercato o autorganizzarsi, non indica, però, nessuno strumento di verifica delle motivazioni di tale scelta. Questo, unito al fatto che siano state ampliate le possibilità di applicazione dell'in house, rischia di mettere in dubbio la parità di trattamento tra operatori predicata dai trattati¹²¹.

In questo modo sono favoriti gli affidatari in house nella misura in cui svolgono la loro attività residuale sul Mercato, come già possiamo constatare dai fatturati degli in house operanti nel Nord Europa.

Era necessario, quindi, che in fase di recepimento a livello nazionale si limitassero i caratteri negativi e più oscuri della nuova disciplina, come si è recato di fare in Italia, a costo di dare una lettura troppo restrittiva della normativa comunitaria.

¹²¹C. RANGONE, relazione *In house e cooperazione pubblico pubblico nel trattato, nella giurisprudenza della corte e nelle nuove direttive appalti e concessioni*, cit., p.11, dove l'autore nelle sue conclusioni sottolinea l'incertezza che comunque rimane, anche dopo l'approvazione delle Direttive.

CAPITOLO TRE

Italia: recepimento legislazione comunitaria e criticità

3.1. Premessa

Il tema nel quale inscrivere il profilo dell'in house in Italia è un tema più profondo della deroga al principio di concorrenza, e riguarda la veste societaria di natura giuridica pubblica e il regime privatistico di contaminazione pubblicistica delle società.

La nozione dell'in house si è sviluppata successivamente, per effetto della penetrazione di nozioni alle quali non eravamo abituati, di nozioni europee, in particolare quella dell'organismo di diritto pubblico.

Se questa è l'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione, è importante osservare che questa evoluzione della nozione di pubblica amministrazione, o meglio, del tema dei rapporti tra società e nozione di pubblica amministrazione, si è accompagnato da noi, specificamente in Italia, talvolta per il vincolo europeo e talvolta per scelta autonoma del legislatore nazionale, ad una tendenza del legislatore a esasperare talvolta l'estensione a queste società di un regime pubblicistico, ovvero di un regime tutto tipico, appunto, dell'amministrazione pubblica.¹²²

Si tratta di un'estensione, talvolta imposta dai vincoli europei, della disciplina procedimentale imposta alle società perché qualificate e qualificabili come organismi di diritto pubblico, ma si tratta anche di un'estensione talvolta decisa dal legislatore nazionale in autonomia, pensando al tema dell'ostensibilità degli atti di queste società in quanto ascrivibili, alla stregua di un approccio sostanzialistico,

¹²² F. CINTIOLI, *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2014, I, p. 7 ss.

alla nozione di pubblica amministrazione. Si tratta di un'estensione imposta dallo stesso legislatore nazionale o dalla giurisprudenza nazionale come, per esempio, la previsione della giurisdizione del giudice amministrativo sul contenzioso involgente gli atti, con la giurisdizione del giudice contabile, sul tema della responsabilità per danno erariale; si tratta di un'estensione, e questo è ancor più importante, che il legislatore nazionale ha fatto, sulla base di una propria scelta, opinabile o meno, di un regime tipicamente pubblicistico. Come è noto, inoltre, a queste società è stato esteso dal famoso articolo 18 del decreto legge 133/2008 l'obbligo di effettuare procedure selettive non concorsuali in senso stretto per l'assunzione di dipendenti, e soprattutto è stato esteso a questa società una serie di regimi vincolistici, che impone alle società pubbliche riduzioni anche consistenti di costi (fino al 3,5%), ed ha esteso anche i vincoli del patto di stabilità. Lo possiamo definire movimento di contaminazione pubblicistica del regime delle società pubbliche al punto che qualcuno ha parlato di imprese dimezzate¹²³. Questo movimento è spiccato per talune specialità societarie, ovvero tipologie societarie, ma soprattutto per le società in house.

Per questa società in house c'è tensione fra diritto amministrativo e diritto societario: una tendenza iniziale a fuggire dal diritto amministrativo se pur non confermata dai fatti e dalle evoluzioni ordinamentali. In realtà le società in house non nascono come soggetti che fuggono dall'amministrazione, le società in house sono una tipologia societaria che nasce per una ragione diversa (nella sentenza Teckal e a seguire): non nasce per evitare che l'amministrazione si sottragga al diritto amministrativo, non era questa la ratio; piuttosto, per consentire un affidamento senza contratto e quindi senza procedura selettiva allorché manchi il presupposto essenziale, ovvero l'alterità fra i paciscenti, cioè la diversità soggettiva tra i paciscenti. Questi ultimi fanno parte della stessa struttura amministrativa, non c'è alterità, non c'è relazione intersoggettiva, ma c'è una relazione solo tra organi, interorganica. Quindi l'amministrazione può affidare,

¹²³ M.G. URSO, *La natura giuridica delle società partecipate dagli enti pubblici e la disciplina applicabile*, in www.lexitalia.it, n. 2/2007

non il contratto, ma la prestazione al soggetto in house perché quel soggetto non è un soggetto diverso dall'amministrazione, ma l'amministrazione stessa in un suo prolungamento organizzativo. Queste, come si è visto, sono le ragioni dell'in house.

Questo soggetto in house, come amministrazione pubblica, è stato sottoposto dal legislatore italiano, ancora più di quanto avviene per altre società pubbliche in senso lato, negli ultimi tempi ad un regime pubblicistico con un fenomeno di contaminazione pubblicistica intenso o quasi un regime pubblicistico del tutto diverso a quello del tutto sì è del tutto analogo a quello delle amministrazioni pubbliche al punto da essere assoggettato ai vincoli del patto di stabilità.

Questa è un'anomalia del legislatore, ma non è così in contrasto con le origini dell'istituto. Non bisogna ritenere, però, questa restrizione dell'in house così in contraddizione con l'interesse dell'istituto: cioè un istituto come quello in house che riceve commesse senza gara, non è diverso dalla gestione affidata a una proiezione dell'amministrazione, in veste di soggetto, organo dell'amministrazione stessa, tanto che la controllante deve esercitare sull'affidatario un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture organizzative, sui propri uffici. Non c'è dubbio però che questa evoluzione di questa contaminazione pubblicistica ponga qualche problema o qualche tensione con il regime privatistico delle società in questione.

Indubbiamente ci sono alcune esigenze, cui risponde la disciplina privatistica, alla quale sono assoggettate tutte le altre società. Tra queste esigenze, come vedremo, rientrano quelle riguardanti la tutela dei terzi, la tutela dei creditori, esigenze connesse alla previsione di procedure concorsuali, di procedure fallimentari, e alle quali anche queste stesse società in esame sono, per così dire, assoggettate.

3.2. Nuovo Codice degli appalti tra nuove direttive e leggi nazionali: focus sull'affidamento in house

Le questioni che a livello interpretativo abbiamo dovuto affrontare nell'ottica del recepimento delle direttive che doveva avvenire entro due anni riguardavano la portata di queste nuove definizioni della direttiva. Il dubbio riguardava semplicemente il fatto che, a fronte del fatto che a queste relazioni non si applicassero le disposizioni della direttiva, potesse rimanere pregiudicato l'applicazione dei principi del trattato, e quindi la vecchia nozione dell'in house rimanesse in vita, oppure con le direttive venisse superato l'approccio della giurisprudenza.

Altra questione è stata che interpretazione dare, e sicuramente ne è risultata un'interpretazione restrittiva dal momento che rappresenta un'eccezione.

L'ultima questione riguarda cosa è opportuno che facesse e faccia il legislatore italiano in sede di recepimento, poiché dal punto di vista teorico, se guardiamo anche l'orientamento della Corte costituzionale nella sentenza 325/2010, siamo liberi di adottare un approccio più pro concorrenziale rispetto a quello indicato dalle direttive, quindi potremmo, volendo, mantenere il nostro requisito della pubblica amministrazione.

Sicuramente si potrebbe opporre la solita obiezione: dal momento che gli altri stati sfruttano questa libertà, perché noi dobbiamo vincolarci? In verità, noi abbiamo particolarmente bisogno di vincolarci, visti i numerosi casi di corruzione e inefficienze, e ne consegue che le implicazioni in termini di sistema sono immense.

Un primo importante passo nel recepimento delle direttive è rappresentato dal parere del Consiglio di Stato, cui si è già accennato, ovvero il parere CINECA, dove sono state fornite importanti precisazioni e innovazioni rispetto al passato. Innanzitutto viene superato a livello nazionale il requisito della partecipazione pubblica totalitaria.

La seconda sezione del Consiglio di Stato in via consultiva¹²⁴ e, da ultimo, la sesta sezione giurisdizionale¹²⁵, si sono espresse sull'influenza delle nuove direttive, in tema di affidamenti, sulla disciplina italiana.

Le nuove direttive concessioni e appalti erano state pubblicate tra il parere interlocutorio del febbraio 2013 e quello definitivo del gennaio 2015.

Il caso in esame riguardava la legittimità dell'affidamento diretto di appalti di servizi informatici da parte di MIUR, Università, Enti di ricerca, ovvero i consorziati, al consorzio CINECA.

Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ha chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato, in sede consultiva, sulla legittimità dell'affidamento diretto di prestazioni di servizi informatici per il sistema universitario, della ricerca e scolastico, da parte del MIUR al Consorzio Interuniversitario in questione.

Nel secondo caso, invece, in sede giurisdizionale, lo stesso Consiglio di Stato è stato investito dal consorzio CINECA stesso, affinché si esprimesse sulla legittimità dell'affidamento diretto di un appalto di servizi da parte dell'Università degli Studi di Reggio Calabria a favore del Consorzio, partecipato, tra le altre dalla suddetta Università¹²⁶.

La seconda sezione, dichiarando legittimo l'affidamento diretto ad una società pubblica partecipata da privati nel caso in esame, postulava così la diretta applicabilità dell'art.12 della direttiva 24/UE/2014, che, come si è visto, ammette la partecipazione da parte di capitali privati qualora siano rispettati certi limiti (art.12,lett.c). È questo un punto di disaccordo con la successiva pronuncia della

¹²⁴ C. Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, in www.giustizia-amministrativa.it

¹²⁵ C. Stato, sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660, in www.giustizia-amministrativa.it

¹²⁶ Cfr. A.M. BENEDETTO, *L'evoluzione giurisprudenziale in tema di affidamento "in house"*, www.ildirittoamministrativo.it, p.1 ss.

sesta sezione, che arriva ad una conclusione opposta, negando che la direttiva in questione potesse ritenersi self-executing¹²⁷.

Le due sezioni del Consiglio di Stato hanno espresso, nei due provvedimenti, valutazioni diverse, se non del tutto divergenti, sull'applicazione dei requisiti espressi dalle nuove direttive.

In verità, dopo una prima analisi, la seconda sezione aveva sollevato non pochi dubbi, nel parere interlocutorio¹²⁸ in merito all'affidamento in house operato nelle circostanze del caso.

Il suddetto giudice amministrativo, in particolare, lamentava la mancata specificazione dei caratteri qualitativi dei servizi affidati.

Se si fossero applicate le direttive, nel caso in esame, l'affidamento sarebbe stato qualificabile come appalto di servizi sociali e quindi disciplinato dalla Direttiva 2014/24, e non, dalla Direttiva concessioni non dovendo sopportare l'aggiudicatrice alcun rischio di domanda o di gestione.

Nonostante Palazzo Spada negasse inizialmente il self-executing, in ogni caso affermava che, anche se non già applicabile, non si dovesse ignorare la disciplina europea in fase di approvazione che di lì a poco avrebbe regolato i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'Unione.

Questa presa di posizione è discordante rispetto alla giurisprudenza precedente, secondo la quale le direttive non avrebbero potuto avere efficacia diretta prima della data entro cui si sarebbero dovute recepire le stesse. Unica eccezione sarebbe stata se la norma fosse stata applicata incondizionatamente, ovvero senza libertà di cambiamento da parte dello Stato. Ma ciascuna delle norme ha diversa portata

¹²⁷ V.BRIGANTE, *Modelli derogatori per la scelta del contraente: l'affidamento diretto nelle more del recepimento delle direttive UE*, in www.iurisprudenzia.it, p.15

¹²⁸ C. Stato, Sez. II, 13 febbraio 2013, par. int. n. 1168, in www.giustizia-amministrativa.it: “una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente dalla gestione di un compito, non debba presentare la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione, né la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico”

e specificità, così, nel caso in cui una norma non sia incondizionata, la sua preventiva assunzione a regola incondizionata da parte del Consiglio di Stato, avrebbe rischiato di essere discordante con una norma del legislatore statale che magari ha adottato una decisione diversa dalle disposizioni comunitarie.

La seconda sezione del Consiglio di Stato, non sembra preoccuparsi di questa eventualità, e sceglie di affidarsi alle nuove disposizioni comunitarie confidando nella puntualità e precisione della Direttiva 2014/24 in generale, e specificatamente dell'art.12. Il Consiglio di Stato, infatti, con il parere oggetto di scrutinio, giustifica la scelta asserendo che, nonostante la direttiva non fosse stata ancora recepita, il carattere sufficientemente dettagliato della norma era tale, da presentare pochi dubbi circa la sua concreta attuale applicabilità.

Deve essere sottolineato, però, che sulla questione dell'apertura alla partecipazione privata le Direttive lasciano che gli Stati membri, rispetto altri aspetti, abbiano una maggiore libertà di interpretazione.

Il fatto che la partecipazione debba essere imposta da disposizioni legislative nazionali, e non essendo previsto dalla legge italiana l'obbligatoria partecipazione di capitali privati al CINECA, sembra essere impossibile l'affidamento in house a società con partecipazione privata.

La seconda sezione, però, ha inteso le parole del legislatore comunitario, non sempre in maniera condivisibile. Infatti, nonostante il Considerando 32 sostenga che sia legittimo l'affidamento in house a favore di società partecipate anche da privati *“nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un’influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata”*, possiamo notare come il Consiglio di Stato abbia interpretato quanto disposto come fosse un obbligo previsionale, e non come un eventuale possibilità operabile a discrezione del legislatore interno.

Di diverso avviso, invece, la Sezione VI del consesso amministrativo, che, negando categoricamente la diretta applicabilità delle Direttive, prendeva una più netta posizione rispetto alla sezione consultiva.

Per la sesta sezione, quindi, è necessario che le Direttive non abbiano efficacia positiva, ma lo stesso vale per l'efficacia negativa. Infatti, dal momento che il giudice nazionale è tenuto a dare una chiave di lettura delle norme nazionali in ossequio alle disposizioni europee (efficacia negativa), nel caso in esame il pericolo di interpretazione non conforme non sussisteva, poiché la legge nazionale era precedente alle direttive e peraltro ispirata alle disposizioni giurisprudenziali comunitarie. In sintesi, non risultano, per il Consiglio, sussistenti i presupposti né per interpretazione conforme né per il divieto di interpretazione difforme¹²⁹.

Andando nello specifico del caso in esame, innanzitutto il parere non riconosceva come diritto esclusivo quello posseduto dal CINECA,¹³⁰ dal momento che l'unicità del consorzio non derivava tanto da una posizione giuridica speciale, quanto dal fatto che fosse unico soggetto esistente sul piano nazionale, in luogo dei tre consorzi che operavano precedentemente.

La disposizione legislativa dell'art. 7 c. 42-bis^o del d.l. n. 95 del 2012 che parlava di “unico soggetto a livello nazionale”, pertanto, non era sufficiente a legittimare l'affidamento in house a tale consorzio¹³¹.

¹²⁹ Cfr. S.FOA-D.GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., p. 13 ss.

¹³⁰ Il concetto diritto di esclusiva va inteso ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 163 del 2006 (in attuazione dell'art. 18 della direttiva 2004/18/CE) come soggetto cioè a favore del quale è prevista una “riserva” nello svolgimento di una certa attività, e garantirebbe, come disposto dall'art.12, di legittimare la presenza di privati nella compagine societaria in house.

¹³¹ C. Stato, sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660, in www.federalismi.it, p. 18, “ La partecipazione al Cineca di oggetti privati non è, dunque, oggetto di esplicita prescrizione legislativa, ma è solo una conseguenza di fatto prodotta dalla fusione per incorporazione (questa sì oggetto di espressa previsione legislativa) del Cineca con in Consorzi Cilea e Caspur”.

Abbiamo già accennato la negazione del fatto che le disposizioni comunitarie siano self-executing. Andando ancor di più oltre, la sede giurisdizionale indeboliva l'autorità della direttiva, non riconoscendone una adeguata efficacia vincolante ai fini del recepimento, ma ritenendo bastevole dare un'interpretazione perlomeno non compromettente dei principi ispiratori delle nuove direttive¹³².

Su questo punto si è svelata l'incoerenza del parere in esame, dal momento che, se da una parte il Consiglio di Stato è contrario alla diretta applicazione delle norme, dall'altra parte ne promuove il rispetto. Quest'ultimo passaggio fa sì che la posizione presa non si allontana molto dal concetto di diretta applicabilità, stigmatizzato precedentemente nello stesso parere¹³³.

In ogni caso, sarebbe stato difficile per il Legislatore interpretare liberamente, o in maniera relativamente diversa, disposizione così precise come l'art.12 della Direttiva n. 2014/24/Ue.

Il rischio non consiste tanto in un mero alleggerimento del livello della concorrenza richiesto dal legislatore comunitario, cosa peraltro concessa anche dalla Corte Costituzionale¹³⁴, quanto in una minaccia per la libera concorrenza e parità di trattamento, che sono invece promossi dalle direttive.

¹³² La sentenza parla di “dovere” per il legislatore interno e per il giudice nazionale di evitare di assumere tipi di provvedimenti e interpretazioni che potessero compromettere il conseguimento del risultato voluto dal legislatore comunitario.

¹³³ G. GUZZO, *La sfuggente definizione del requisito del controllo analogo: il caso "CINECA"*, *www.LexItalia.it*, n.1/2015, pp.2-3, dove l'autore lamenta che “non convince, dunque, lo snodo argomentativo della sentenza” poiché ciò che richiede il Consiglio di Stato non è molto diverso dall'effetto diretto della norma.

¹³⁴ C.Cost., 17 novembre 2010, n. 325, pt.10.1.3, in *www.federalismi.it*, “con la conseguenza che non sono censurabili, in riferimento ai servizi pubblici aventi rilevanza economica, solo ed esclusivamente tutte quelle norme statali «che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali”.

La sentenza n. 2660/2015, infine, confermava l'impossibilità della diretta applicabilità dell'art.12 alla luce della necessaria previsione da parte della legge nazionale della partecipazione dei capitali privati, se pur in conformità coi trattati. La disposizione, tuttavia, sembra che si riferisca a quei casi in cui già esista una legislazione nazionale che escluda forme di partecipazione di capitali privati.

Analizzando, nel contempo, la suddetta previsione, il Consiglio di Stato riconoscendo la non sussistenza di una previsione normativa che imponesse al CINECA di essere partecipato da privati al momento della sentenza, dichiarava non legittima la suddetta compartecipazione, e anche qualora vi fosse una norma che lo richiedesse, sarebbe stata difficilmente riconosciuta compatibile coi Trattati¹³⁵.

La norma, quindi, non riguarda il caso italiano che, dopo il referendum abrogativo del 2011 e la successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012, non ha espresso alcuna forma di regolamentazione interna del fenomeno dell'in house.

Quanto concluso dalla sentenza del 26 maggio 2015 sulla partecipazione di privati, è stato confermato in un'altra sentenza del Consiglio di Stato successiva, n. 4253/2015.

In sintesi, i giudici, nel cercare di rispondere ad alcuni interrogativi a cominciare dalla partecipazione dei privati, passando per la libertà delle previsioni nazionali, alla base, sono portati a risolvere la ricorrente questione se ritenere o meno self-executing le direttive.

Possiamo affermare come al rilevanza giuridica alla direttiva anche prima che fosse scaduto il termine per il suo recepimento si traduce, per la sesta sezione, solamente nel dovere di standstill dal momento che non è possibile in nome del

¹³⁵ C. Stato, sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660/2015, in *www.federalismi.it*, p. 18, pt. 28 : “anche a rinvenire in tale disposizione la prescrizione legislativa richiesta dalle nuove direttive, difficilmente risulterebbe rispettata la condizione di compatibilità con i trattati, che sembra richiedere il rispetto dei principi di necessità (rispetto al perseguimento di motivi imperativi di interesse generale), proporzionalità e trasparenza”.

principio di leale collaborazione che siano cancellate le norme previgenti, da una disciplina non ancora recepita, ma solo pubblicata.

Ai fini della nostra analisi, la sentenza CINECA rappresenta le prime incertezze e difficoltà interpretative incontrate, a cominciare dall'interpretazione della condizione che subordina la minima partecipazione di capitali privati alla controllata ad un'espressa imposizione della legge nazionale conforme ai Trattati. Compito della nuova legislazione, in particolare del Codice dei contratti è stato quello di risolvere questi dubbi, facilitando il ruolo e i compiti della giurisprudenza nazionale ed europea.

Temporalmente ,tra le due pronunce sul caso CINECA, abbiamo avuto un'altra presa di posizione del Consiglio di Stato, con la sentenza del 7 maggio 2015, n. 2291, che sembra fare un passo indietro.¹³⁶

Per Palazzo Spada, in questa circostanza, l'affidamento in house è un'eccezione alle regole generali Ue che richiedono la gara per l'affidamento degli appalti pubblici.

I giudici riformando la sentenza del Tar annullano un affidamento diretto in house di servizi di pulizia avvenuto in contrasto con l'articolo 4, comma 7, Dl 95/2012, convertito in legge 134/2012 che obbliga le Amministrazioni dal 1° gennaio 2014 al ricorso alla gara come regola generale per acquisire beni e servizi strumentali. Per il Consiglio di Stato le regole comunitarie sull'affidamento in house appaiono più come una eccezione che come una delle regole di affidamento dei servizi.

E, aggiungono i Giudici, se si accetta l'interpretazione che l'affidamento in house sia derogatorio rispetto alla regola della gara, anche se esso è stato cristallizzato dalla nuova direttiva appalti 2014/24/Ue, questo non vuol dire che uno Stato membro non possa limitarne il ricorso o addirittura escluderlo per alcuni ambiti come l'articolo 4, Dl 95/2012. Di diverso avviso altre sentenze del Consiglio di

¹³⁶ C. Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, in www.giustizia-amministrativa.it

stato, che riconoscono nell'in house una forma organizzativa equiparabile alle altre¹³⁷.

Il 14 settembre 2015 è entrata in vigore la l. n. 124 del 7 agosto 2015 (dal titolo "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"), contenente una serie di deleghe al Governo in materia di riorganizzazione della pubblica amministrazione.

L'impianto della legislazione precedente era confusionario e poco intellegibile. Per questo la legge 124/2015 si è riproposta di risolvere diversi problemi di carattere definitorio, derivante dalla mancanza di una disciplina sistematica della materia¹³⁸.

Anche se ovviamente non ha recepito le nuove norme europee in materia, si è occupata dell'in house soprattutto in via previsionale, ovvero, in riferimento alla possibilità di autoproduzione degli enti pubblici, lasciando al legislatore l'"individuazione, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di autoproduzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non

¹³⁷ C. Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in www.giustizia-amministrativa.it, ha ribadito i requisiti dell'affidamento in house, così come individuati dalla giurisprudenza europea e costituzionale. Tale pronuncia, peraltro, si segnala anche perché il Collegio ha ritenuto che "L'affidamento diretto, in house - lungi dal configurarsi pertanto come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locale - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, in house (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti così come sopra ricordati e delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano" (punto 4.1.2). Il Consiglio esprime una diversa posizione rispetto alla sentenza in commento. Da rilevare è sicuramente una certa incertezza sulla concezione dell'istituto in house, rinvenibile anche a breve distanza di tempo.

¹³⁸ R. BIANCHINI, *Società a partecipazione pubblica: le novità della riforma*, in www.altalex.it, 11 novembre 2015

discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità(...)"(art.19, lett. e). Vengono così richiamati i principi europei, ricordati anche dalle nuove direttive europee. In linea generale, la legge delega ha diviso in modo netto¹³⁹ il regime giuridico delle società in house da quello delle società che partecipano ad una gara di appalto; il che si tradurrebbe, per le prime, in un regime pubblico speciale dal punto di vista, per esempio, della responsabilità degli amministratori e degli strumenti di controllo, necessariamente più stringenti rispetto alle altre società¹⁴⁰.

Il legislatore italiano ha provveduto al riordino della disciplina appalti e concessioni risalente al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con un altro decreto legislativo la cui normativa è stata pubblicata ed entrata in vigore il 19 aprile 2016. Il suddetto d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riguarda l'“Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”. Nel dare attuazione alle direttive europee, il legislatore si è occupato, per quello che interessa ai fini di questo lavoro, anche di dare una disciplina italiana al fenomeno in house. Il recepimento delle direttive ha dovuto superare la difficoltà di coordinarsi anche con il diritto interno, nello specifico con le due deleghe previste dagli artt. 18 e 19 della già citata l.n. 124 del 7 agosto 2015, in tema, rispettivamente, di riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e di servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Nel previgente Codice degli appalti sopra ricordato, non compariva l'espressione “in house” né era rinvenibile una disciplina dello stesso istituto, forse a causa del

¹³⁹ Già accennato all'art. 18, c.1, lett. a, dove viene genericamente distinto l'affidamento diretto da quello esercitato mediante procedura di gara.

¹⁴⁰ A. VIGNERI, *Le nozioni, i sieg e l'autonomia locale, in Società pubbliche e servizi locali*, cit., p.210-212

l'ottica fortemente comunitaria che vedeva questo tipo di affidamento come un'eccezione alla regola generale, e non, come un'alternativa alla gara di appalto. Qualche indiretto riferimento agli affidamenti in house ed alle modalità di realizzazione il vecchio Codice, tuttavia, lo faceva nell'art. 125 "Lavori, servizi e forniture in economia". Tale norma regolava sistematicamente le acquisizioni in economia di lavori, forniture, e servizi, prevedendo, inoltre, al comma 14, che i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia fossero disciplinati, nel rispetto del medesimo articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal Codice, dal regolamento di attuazione. La differenza nella dicitura, rispetto al nuovo codice, è perlopiù formale: nonostante la norma parlasse di "prestazioni in economia", si poteva paragonare sicuramente ad un affidamento in house e ciò che era qualificabile come una società in house prima del D.Lgs. 50/2016, lo è anche dopo la sua entrata in vigore, sorvolando sulle questioni di revisione e adattamento alle nuove disposizioni dei requisiti, che erano peraltro simili anche nel passato¹⁴¹.

Ai fini della disciplina degli acquisiti in economia, il solo richiamo ai principi del Codice comportava che a tali affidamenti non fosse applicabile lo specifico contenuto delle norme disciplinanti le ordinarie procedure ad evidenza pubblica.

Il legislatore italiano ha dato attuazione alle tre direttive europee in materia di contratti di concessione (art. 17 della direttiva 2014/23/UE), di appalti (art.12 della direttiva 2014/24/UE) e dei cd settori speciali (art. 28 della direttiva 2014/25/UE), adeguandosi alle disposizioni relativamente innovative, ma anche estensive, dell'istituto in esame.

Ciò ha determinato l'abrogazione del precedente codice degli appalti (D. Lgs. 163/2006) , e perseguendo, altresì, una serie di obiettivi di derivazione e impronta comunitaria, come la semplificazione delle procedure amministrative che si

¹⁴¹ G. SPARANO, *Gli affidamenti in house nel Nuovo Codice degli Appalti*, in www.Appaltinforma.it , 5 luglio 2016.

manifesta, altresì, in una maggiore flessibilità. Ne è la prova la dimensione molto più contenuta del nuovo testo normativo rispetto a quello abrogato, poiché il nuovo codice dei contratti pubblici è composto da soli 220 articoli e 25 allegati¹⁴².

In Italia, prima del d.lgs. 50/2016, il sistema riconosceva l'applicazione delle regole riservate all'in house providing, solo se fossero stati presenti tre requisiti, alla luce della normativa e soprattutto della giurisprudenza italiana:

- l'affidatario è a esclusivo capitale pubblico;
- Tra affidatario e affidante deve sussistere un rapporto di controllo analogo a quello che l'affidatario eserciterebbe su una propria articolazione interna;
- l'affidatario non deve svolgere attività ulteriori rispetto a quelle affidate in via diretta, se non in via marginale¹⁴³.

La legge italiana era stata piuttosto restrittiva nel concedere spazio all'affidamento in house, limitando, talvolta, la costituzione di società da parte delle pubbliche amministrazioni oppure vietandone, addirittura, la possibilità di applicazione in alcuni settori particolari¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. Schema di d.lgs. recante disposizioni per l'attuazione delle direttive per l'aggiudicazione di contratti di servizio, in *astrid-online*, 18 aprile 2016.

¹⁴³ R.BIANCHINI, *Affidamento in house*, in *www.AltalexPedia.it*, voce agg. al 9 giugno 2016, punto 5.

¹⁴⁴ Si possono far rientrare tra gli esclusi, a titolo esemplificativo, alcuni servizi rientranti nella nozione di servizio pubblico locale; risulta, altresì, che negli ultimi anni vi sia stata una numerosa produzione normativa volta a indurre alla dismissione delle partecipazioni, come la già citata legge finanziaria n.244/2007, art. 3, c. 27 -29, che vietava la costituzione di nuove società da parte delle amministrazioni pubbliche, salvo la sussistenza del requisito di necessità. Si pensi anche alla legge 18 novembre 1998, n. 415 recante modifiche alla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, sulla spinta di una tendenza italiana all'esternalizzazione (o outsourcing) dal momento che si pensava che l'intervento esterno di privati fosse necessario per garantire una gestione maggiormente finalizzata all'efficienza e all'economicità: si veda C.ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2001, n. 3 - 4, pp. 495 ss. Oppure si pensi legge 474/94, ovvero una normativa integralmente pensata per la vendita delle partecipazioni detenute dallo Stato, antesignana di tutto il filone delle norme che, dal 2002 in poi, hanno invitato regioni ed enti locali a dismettere le partecipazioni detenute nelle società, ed ha introdotto modalità di vendita che tutt'oggi sono previste, quali:

- (i) la possibilità di alienare la partecipazione mediante la procedura dell'offerta pubblica di vendita (con successiva quotazione o meno delle azioni)
- (ii) la possibilità di alienare la partecipazione mediante "trattativa diretta", allo scopo di consentire la vendita in favore di un azionista di maggioranza stabile.

Innanzitutto, è opportuno soffermarsi sulle modalità di attuazione delle direttive europee, dando conto dei contenuti della nuova disciplina, anche per verificare la misura in cui il legislatore italiano abbia usufruito della discrezionalità e libertà di adeguamento delle norme lasciato agli Stati membri, e quanto, invece, si sia conformato alla normativa europea. Il recepimento da parte del legislatore nazionale è ancor più rilevante e necessario, dal momento che il Consiglio di Stato, come abbiamo visto, aveva negato l'applicazione diretta (self-executing) delle direttive.

Il legislatore italiano ha dovuto rispettare sia i dettami propri dell'amministrazione italiana, come disposto dalla l. n. 241/1990, art. 1, ovvero economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, sia i principi europei per gli affidamenti, peraltro in parte coincidenti, riconfermati nelle nuove direttive, e già anticipati internamente dall'art. 19, lett.e, della l.n. 124/2015 (cui si è già accennato).

Tutto ciò è stato tradotto dal d.lgs. 50/2016 all'art.30 “(...) principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.”

Dopo questa doverosa premessa, l'applicazione e il recepimento delle direttive ha dato norma positiva all'in house soprattutto per mezzo di due articoli specificatamente dedicati: l'art. 5 (che definisce le tipologie di in house providing possibili e ne precisa i requisiti) e l'art. 192 (il quale prevede l'istituzione di uno specifico registro a cura di ANAC nel quale debbano essere iscritte le stazioni appaltanti che si avvalgono di affidamento in house).

All'art. 5, seguendo l'impronta comunitaria, vengono riconosciuti come affidamenti in house le seguenti relazioni:

- L'in house tradizionale (ovverosia l'affidamento da parte di una amministrazione aggiudicatrice a favore di un soggetto da essa controllato);

- L'in house c.d. inverso (ovvero un soggetto controllato che affida i un servizio all'amministrazione che lo controlla);
- L'in house c.d. a cascata (da parte di una amministrazione aggiudicatarice a favore di un soggetto indirettamente controllato);
- L'in house c.d. orizzontale (quando un soggetto controllato a favore di un altro soggetto controllato dalla medesima amministrazione aggiudicatrice);
- L'in house c.d. pluripartecipato o frazionato (ovverosia, un controllo esercitato da più amministrazioni)¹⁴⁵.

Per quanto concerne i requisiti che devono essere verificati per affidare correttamente secondo la modalità in house, sono riproposti i tre requisiti c.d. Teckal, ma apportando le stesse novità dell'art.12 della 2014/24/UE:

1. l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore vi deve esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
2. oltre l'80% per cento delle loro attività deve essere effettuato nello svolgimento dei compiti ad esse affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in questione;
3. non devono avere alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non vi esercitano un'influenza determinante.

¹⁴⁵ D.lgs 50/2016, art.5 c. 3 “ Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata” e al c.5 “Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni(..)”

L'innovazione apportata sui tradizionali requisiti del capitale pubblico, dell'attività prevalente a favore degli enti controllanti e del controllo analogo, è sintetizzabile, come già abbiamo visto, in due importanti novità: nell'ammissione della partecipazione di capitali privati nella compagine societaria dell'affidatario, seppur entro certi limiti; e nella definizione normativa di una soglia entro la quale limitare il volume massimo di attività che l'affidatario può svolgere a favore di soggetti terzi senza perdere la qualificazione di affidatario in house (ovvero il 20%).

Il suddetto requisito era, in verità, già stato adottato nell'ordinamento nazionale ma in relazione ai settori speciali, all'art. 218 del D. Lgs. n. 163/2006, in merito al quale il legislatore sottraeva all'applicazione del Codice gli appalti affidati dagli enti aggiudicatori ad imprese collegate, purchè almeno l'80% del loro fatturato medio realizzato negli ultimi tre anni nel campo dei servizi, delle forniture e dei lavori provenisse dall'erogazione di tali prestazioni da parte delle imprese affidatarie¹⁴⁶.

Non sono mancati, in ogni caso, spunti di riflessione e di difficoltà di adeguamento, come per esempio la concreta applicazione della disciplina e compatibilità del controllo analogo col diritto societario. La peculiarità del soggetto in house all'interno del diritto societario, deriva dal fatto che la veste giuridica, per esempio, di società a responsabilità limitata o società per azioni, non possono dotarsi di strumenti statutari tali da garantire un controllo tale quale quello richiesto dal legislatore comunitario, nemmeno per mezzo di patti parasociali, che non possono garantire un'influenza tanto incisiva da parte di un solo socio. Se fossero trattate alla stregua delle altre società di capitali verrebbe meno, quindi, uno dei requisiti fondamentali ai fini del legittimo affidamento del

¹⁴⁶ G. SPARANO, *Gli affidamenti in house nel Nuovo Codice degli Appalti*, in www.appaltinforma.it, 5 luglio 2016.

servizio¹⁴⁷. A ciò va aggiunto che alcuni autori negavano l'ammissibilità di particolari strumenti statuari in mancanza di una normativa che legittimasse l'utilizzo particolare di tali mezzi¹⁴⁸.

In merito, il Testo Unico delle Società Pubbliche, successivo al d.lgs.50/2016, ma attuativo della precedente legge delega 124/2015, ha precisato gli strumenti e i modi per far esercitare all'ente affidante, nei limiti delle possibilità societarie, un controllo che garantisca un'influenza determinante.

L'art. 16 c.2°, a tal proposito, ha contemplato per la prima volta la stipula di patti parasociali di durata anche superiore quinquennio, ovvero alla durata ordinaria ai sensi dell'art. 2341-bis del Codice Civile con la precisazione, per le società in house, che deve trattarsi di patti funzionali al controllo analogo.

Ne consegue che il regime giuridico del tipo di società scelto, nel fenomeno in house, non può essere rilevante. Lo è, piuttosto, la natura dell'azionista, da cui consegue il diverso ruolo riconosciuto a quest'ultimo: l'azionista pubblico, infatti, gode di una maggiore autonomia decisionale e di poteri tali da poter affermare che le regole societarie rivestono, un ruolo residuale rispetto alle disposizioni legislative europee e nazionali in merito a questo particolare tipo di organizzazione.

La stessa Cassazione, in una sentenza del 25 novembre 2013, n. 26283, dove ha affrontato il tema specifico della responsabilità degli amministratori, ha dichiarato che il termine società assume rilevanza e utilità solo per applicare le regole comuni in mancanza di disposizioni speciali in merito all'in house. In ogni caso quest'ultima non si tratta di una società che mantiene una sua autonomia

¹⁴⁷ L.SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Il Fallimento*, 1/2014, p.45 ss.

¹⁴⁸ E.CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra anomalia del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, vol. II, 2015, pag. 236. L'autore sostiene l'invalidità delle previsioni statutarie che consentono di realizzare il controllo analogo per violazione dell'ordine pubblico in mancanza di una norma di legge che le legittimi, alla luce della natura imperativa delle norme che attribuiscono il potere gestorio della società in capo agli amministratori.

decisionale o distinta personalità giuridica, caratteristiche del tutto compatibili con il requisito del controllo analogo.

Nonostante queste innovazioni di derivazione comunitaria, è nell'art. 192 che possiamo rinvenire un significativo passo in avanti del nostro legislatore, soprattutto dal punto di vista della trasparenza e del controllo. Al comma 1, infatti è prevista l'istituzione di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che ricorrono all'affidamento in house, da iscrivere, naturalmente, dopo che siano stati verificati i requisiti sopra ricordati.

All'art.192 sono definite misure e procedure, finalizzate a verificare in concreto i requisiti richiesti e a limitare il ricorso a tali affidamenti da parte delle amministrazioni pubbliche, ma anche a fare più chiarezza sugli affidamenti rendendo trasparenti gli atti e la procedura stessa di affidamento.

In alcuni casi, l'ansia del Legislatore di coprire ogni possibile spazio disciplinare, ha dato origine a criteri direttivi che impongono di disciplinare spazi e fattispecie obiettivamente estranee alla lettera e alla ratio delle direttive UE: come per esempio il ruolo dell'ANAC¹⁴⁹ (Autorità Nazionale Anticorruzione).

La necessità di rispondere alle disposizioni della triade di direttive del 2014, in particolar modo all'interpretazione in chiave personale delle linee di indirizzo comunitarie, ha avuto tra i suoi effetti, nell'ordinamento italiano, un rafforzamento delle autorità di controllo (come del resto veniva implicitamente richiesto dall'art. 83 della direttiva 2014/24/UE), ma in maniera non del tutto condivisibile. L'Autorità nazionale anticorruzione, infatti, ai sensi dell'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114, ha acquisito le funzioni dell'Avcp, autorità nel frattempo soppressa.

La ragione di tale decisione deriva, erroneamente, più da finalità di risparmio economico e di contenimento della spesa pubblica, che dalla volontà di creare

¹⁴⁹ C.CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in C. CONTESSA-D. CROCCO (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, DEI, 2016

un'autorità specializzata ed efficiente finalizzata al controllo della pubblica amministrazione, e nella fattispecie, dei suoi affidamenti.

Questo fatto aveva destato perplessità, soprattutto alla luce delle già ampie competenze dell'Avcp, orientate all'efficientamento del mercato, che si traduceva in attività di sostegno ed assistenza a pubblica amministrazione e operatori economici e ai loro rapporti negoziali, per garantire in via effettiva il pieno rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e, in particolare, la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi. Non si limitava, quindi, a evitare comportamenti corruttivi o contrari a concorrenza, compiti peraltro già svolti dall'Anac: forse si può affermare che proprio questa sovrapposibilità di funzioni hanno portato alla soppressione della prima autorità a favore di quest'ultima. La scelta può essere definita discutibile dal momento che l'autorità soppressa aveva già un ruolo rilevante, che avrebbe potuto completarsi e meglio definirsi con il recepimento delle direttive. Inoltre l'Anac stesso, verosimilmente, è stato messo in difficoltà, soprattutto dovendo sacrificare le funzioni svolte da sempre, a favore delle nuove competenze derivanti dall'adeguamento all'art. 83 par. 4 della direttiva 2014/24/UE¹⁵⁰.

Tra le importanti novità del Codice, ed anche in relazione alla disciplina in house, è appunto il ruolo centrale dell'ANAC.

Sono infatti diciannove le disposizioni della legge delega del febbraio 2016 (L.n. 11/2016) che trattano i compiti dell'ANAC e sono state riportate e tradotte in altrettante diverse disposizioni del Codice degli appalti, ben sintetizzabili da uno dei criteri di delega (lett. t)) che esprime efficacemente la finalità del nuovo ruolo dell'Autorità in questione ed i relativi compiti: si parla infatti di “(...) più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori

¹⁵⁰ F.MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in www.federalismi.it, n. 11/2015, p. 4 ss.

pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida (...)”.

Il sopra citato elenco delle amministrazioni e degli enti che operano mediante affidamenti diretti in favore dei propri soggetti in house, infatti, è istituito presso l’ANAC stesso¹⁵¹. L’effetto che si vuole produrre è di centralizzazione del ruolo di controllo, ma anche di garanzia di una verifica rigorosa e autoritaria. La verifica, in questo modo, è preventiva, non successiva alla costituzione di una società in house: il cambiamento non è solo una mera formalità, dal momento che questo ridurrebbe il lavoro del giudice amministrativo, che prima del codice era l’unico incaricato della risoluzione dei contenziosi in merito alla legittimità dei vari casi di affidamenti in house .

L’iscrizione all’elenco ANAC, infatti, funge anche da garanzia di certezza della qualificazione giuridica dell’in house per le amministrazioni pubbliche e per gli amministratori delle società.

L’iscrizione nell’elenco è di tipo volontario (su domanda), dopo che ne sia stata riscontrata l’esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che devono essere definiti dall’Autorità con proprio atto (i quali criteri sono stati definiti recentemente).

¹⁵¹ Legge delega, 28 febbraio 2016, n.11, criterio di delega eee) “garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell’ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo(...), l’obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all’affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, e prevedendo l’istituzione, a cura dell’ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti. L’iscrizione nell’elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l’esistenza dei requisiti. La domanda di iscrizione consente all’ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di conferire all’ente con affidamento in house, o soggetto al controllo singolo o congiunto o al collegamento, appalti o concessioni mediante affidamento diretto” adesso tradotto nell’articolo 192 del nuovo Codice.

È la domanda che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente affidatario, seppur sotto la propria responsabilità.

Nel settembre il Presidente dell'Autorità ha voluto chiarire circa le modalità e la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di effettuare affidamenti diretti alle proprie società in house. Il documento è finalizzato a sottolineare la necessità di comprendere in che modo e in che entità ha inciso anche il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica sulla disciplina dei requisiti identificativi dell'istituto dell'in house providing.

Nelle more dell'adozione dell'elenco riportato all'art. 192, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, viene precisato che la procedura di affidamento diretto in house può essere esercitata anche qualora l'amministrazione aggiudicatrice non abbia fatto richiesta di iscrizione al suddetto elenco ANAC, a condizione che ricorrano i requisiti comunitari cui all'art. 5 del nuovo codice. La suddetta iscrizione, quindi, secondo quanto afferma l'Autorità, non ha natura costitutiva, ma meramente dichiarativa¹⁵².

Questo almeno fino a quando l'ANAC non abbia definito, tramite proprio atto, le modalità e i criteri per procedere alla domanda di iscrizione nell'elenco. A tal proposito, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha presentato le *Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*, in data 29 dicembre 2016, in cui viene specificato, per tutti i tipi di affidamento in house contemplati

¹⁵² D.M. GRISANTI, *Chiarimenti sull'applicazione dell'art. 192 del Codice dei contratti*, Autorità e prassi, 12 settembre 2016.

dal codice, il soggetto che deve presentare domanda di iscrizione¹⁵³ e il contenuto che l'elenco verrà a formare.¹⁵⁴

¹⁵³ *Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016, art.4, in cui si ribadisce il formato telematico della domanda e l'accesso libero alle relative banche dati.

¹⁵⁴ *Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016, art.2: "L'Elenco contiene le seguenti informazioni:

- a) Denominazione dell'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore (controllante o controllanti)
- b) Codice fiscale
- c) Sede
- d) Organismo in house nei cui confronti si vogliono operare affidamenti diretti
 - 1. Denominazione
 - 2. Codice fiscale
 - 3. Atto deliberativo di costituzione/acquisto partecipazioni (data e tipologia di atto)
 - 4. Forma giuridica
 - 5. Stato dell'organismo in house (in attività, in liquidazione, ...)
 - 6. Sede legale
 - 7. Settori di attività
 - 8. Detenzione di quote di partecipazione nell'organismo (quote di partecipazione diretta e indiretta e, in questo caso, indicazione della «società tramite»)
 - 9. Presenza di partecipazioni private prescritte da norme di legge
 - 10. Indici della presenza del controllo analogo di cui agli artt. 5 del Codice e 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175:
 - Presenza di rappresentanti negli organi di governo dell'organismo in house società (nominativo – codice fiscale – inizio e fine incarico – compensi);
 - Clausole statutarie
 - Patti parasociali o altro corrispondente strumento di diritto pubblico, nonché eventualmente del contratto di servizio.
 - 11. Clausola statutaria che impone che più dell'80% del fatturato sia svolto in favore dell'ente pubblico o degli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto a detto limite sia consentita solo se assicura economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale dell'organismo in house.
- e) denominazione delle amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori che in presenza dei presupposti previsti dagli artt. 5 del Codice e 4 e 16 del d.lgs. 175/2016, hanno

La trasparenza è fondamentale, dal momento che, come per i contratti pubblici, gli atti di affidamento sono tenuti, ai sensi dell'articolo 162, a rispettare il formato *open data*. Ma questa trasparenza non è fine a se stessa, piuttosto al rafforzamento dell'azione di controllo¹⁵⁵.

Non bisogna prescindere, comunque, dalla responsabilità cui risponde ogni amministrazione che ricorre al modello in house: il soggetto in questione, ed in particolare i soggetti al vertice, devono pur sempre rispondere ai requisiti di economicità ed efficienza.

La rilevanza dell'Autorità rappresenta implicitamente un modo per concretizzare il fine ricercato dell'efficienza ed economicità, dovendo le società aggiudicatrici valutare preventivamente convenienza e congruità economica dell'eventuale affidamento. Quest'ultimo è un punto che differenzia l'affidamento in house rispetto alle procedure ad evidenza pubblica: dal momento che non ci sono le condizioni per una competizione tra gli operatori, finalizzata alla ricerca del migliore risultato, l'analisi economica, comunque necessaria, viene fatta a monte del processo¹⁵⁶.

A sostegno di questa tesi, ovvero che i sopracitati principi siano di rilevante importanza, lo si può desumere dalla necessità, dettata dalla norma, di motivare la

manifestato l'intenzione di operare affidamenti diretti all'organismo in house controllato dal soggetto iscritto nell'Elenco, in forza di un controllo orizzontale, invertito o a cascata;

f) data di presentazione della domanda;

g) data di avvio e conclusione del procedimento;

h) data di iscrizione nell'Elenco.

Si tratta di un elenco complesso, come si vede e ricco di informazioni da non sottovalutare, come, per esempio, al pt.10, la necessità di dimostrare la presenza del controllo analogo per mezzo di dati e strumenti concreti.

¹⁵⁵ M.PANI-C.SANNA, *Le società in house nel nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni* (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), in www.lexitalia.it, 5 luglio 2016.

¹⁵⁶ E.SFRECOLA, *Il nuovo codice dei contratti nel sistema finanza e contabilità pubblica*, in www.giuristidiamministrazione.com, cit., p.5

scelta dell'in house. Mentre precedentemente era sufficiente confermare la presenza dei requisiti Teckal per affidare direttamente il servizio, adesso è confermato che devono essere pubblicati e resi noti tramite istruttoria: oggetto dell'affidamento, convenienza, e tutti gli altri requisiti che dimostrino le ragioni della preferenza dell'affidamento in house. Quest'ultimo punto, insieme ad altri profili di criticità e rilevanza sollevati dalla coesistenza della speciale disciplina in house con le altre norme del nostro ordinamento, saranno approfonditi nel paragrafo seguente.

3.2 Peculiarità e criticità della disciplina in house nel nostro ordinamento

3.2.1 La motivazione nell'in house

Uno dei requisiti basilari del d.lgs.50/2016, è la richiesta di “motivazione” che devono fornire le amministrazioni e gli enti aggiudicatari, affinché l'affidamento in house sia giustificato non solo formalmente, ma anche economicamente o socialmente: deve essere dimostrato che questo modello è preferibile, in qualche modo, all' outsourcing.

Il Testo unico delle società pubbliche partecipate (d.lgs.n. 175/2016), in attuazione della legge delega 124/2015, conferma la necessità di un “onere di motivazione analitica”, come è rubricato l'art. 5 del suddetto testo unico.

La necessità di tale motivazione, è rafforzata dal fatto che l'eventuale assenza di una tale giustificazione renderebbe illegittimo l'affidamento.

Questo principio è ribadito dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1900 del 12 maggio 2016.

Nel caso di specie, una società a totale capitale pubblico, partecipata da una platea di 53 Comuni, propone appello contro la sentenza del Tar Abruzzo n. 349/2015 che aveva annullato la delibera consiliare con cui un Comune socio ha disposto l'affidamento diretto alla suddetta partecipata del servizio di igiene ambientale sul territorio, sulla base di un'asserita (ma non comprovata) sussistenza dei requisiti che legittimano il modello dell'in house providing. Questi presupposti richiamati sono i tradizionali requisiti in house, costituiti dalla totale partecipazione pubblica del gestore, dalla soggezione di quest'ultimo a un controllo "analogo" a quello che l'ente affidante svolge sui propri servizi e dalla prevalenza di attività svolta dal gestore stesso verso l'ente o gli enti che lo controllano.

Il Consiglio di Stato, giudicando in merito all'affidamento in house del servizio di igiene urbana, ha dichiarato che l'affidamento diretto d'un servizio pubblico locale ad una società in house è illegittimo qualora l'Amministrazione, negli atti tramite cui ha optato per il modulo della c.d. autoproduzione, non abbia svolto una relazione secondo le modalità stabilite dall'articolo 34, comma 20, del d.l. 179/2012¹⁵⁷ che richiede che la decisione sia preceduta dalla verifica della "sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo" e ne siano esposte "le ragioni", così richiamando i consueti parametri su cui deve basarsi l'esercizio delle scelte discrezionali¹⁵⁸.

In realtà, se pur formalmente, i giudici si erano attenuti alle richieste dell'art.34, ma il parere dei giudici era che la motivazione non fosse abbastanza articolata e approfondita: questa mancanza è determinante e bastevole per dichiarare l'illegittimità dell'affidamento. Una sentenza, quella di Palazzo Spada molto

¹⁵⁷ Cfr. S. FABRIS, *Motivazione obbligatoria per l'affidamento in house*, in www.moltocomuni.it, 11 ottobre 2015

¹⁵⁸ C. Stato, Sezione Quinta, 12 maggio 2016, n. 1900, in www.giustizia-amministrativa.it, pt. 5, più precisamente in riferimento al d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, art. 34, c. 20, si sostiene che debba essere svolta una "...valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi per contro ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179...". Il Consiglio parla non di semplice motivazione, ma di "onere motivazionale", a sottolinearne la necessità.

severa, ma in linea con il decreto, non ancora emanato, sui servizi pubblici, e con la tradizione legislativa italiana che è stata sempre molto cauta nel riconoscere la legittimità di questo tipo di affidamenti¹⁵⁹.

La valutazione, richiesta al Consiglio di amministrazione ai sensi dell'art.192, c. 2 del d.lgs.50/2016¹⁶⁰, deve soppesare e comparare la convenienza economica della scelta con le richieste esplicite ed implicite degli stakeholders, tra i quali vi sono proprio i cittadini. In aggiunta a questo, il Tar della Lombardia, Brescia, nella sentenza 691/2016¹⁶¹ ha ritenuto necessario che siano definiti i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

Lo scopo perseguito è quello della maggiore trasparenza della pubblica amministrazione.

In merito a questo tema si è espresso anche l'ANAC che, nella determinazione n. 8 del 15 giugno 2015, ha fornito *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*. A tal proposito, le suddette Linee guida forniscono un più dettagliato quadro applicativo in materia di obblighi di trasparenza in capo alle società in house, ritenendo che a queste ultime vada applicata la stessa disciplina della pubblica amministrazione, più restrittiva,

¹⁵⁹ M. NICO, *Affidamento in house illegittimo se manca la motivazione analitica*, in www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com, 26 Mag 2016. L'autore riconosce la severità dei giudici di Palazzo Spada e invita a non sottovalutare questo tipo di segnale, che ha influito in precedenza sulle norme del nostro ordinamento.

¹⁶⁰ D.lgs.50/2016, art.192, c. 2, “*Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”.

¹⁶¹ Tar Lombardia, Brescia, 17 maggio 2016, n. 691, in www.giustizia-amministrativa.it, pt. 1.4

quindi, rispetto alle altre società pubbliche o partecipate. Da qui ne deriva l'importanza dell'obbligo di motivazione¹⁶².

L'incertezza o, se vogliamo incoerenza, è riscontrabile, piuttosto, in merito al soggetto preposto alla decisione, e quindi alla motivazione, dell'affidamento, se non anche al procedimento stesso.

La volontà e l'indirizzo di avvalersi di un modello in house per l'erogazione di un servizio, era contenuta, secondo una regola consolidata nella prassi, nella relazione previsionale e programmatica, e conseguentemente sarebbe stato compito della giunta darne attuazione, tramite adeguati provvedimenti.

La ratio di tale scelta consisteva nell'uso di uno strumento programmatico quale la relazione previsionale per indirizzare e contemporaneamente alleggerire il procedimento.

Dubbi su questo modo di operare erano sorti già dopo la revisione del Tuel, dove il nuovo art. 42, lett. e), attribuiva la supervisione e la competenza della gestione organizzativa dell'ente e dell'affidamento dei servizi o attività.

Confrontando tale disposizione con quanto prescritto dall'articolo 192 del d.lgs. 50/2016, si può agevolmente desumere che, per quanto riguarda l'affidamento in house è compito del consiglio pronunciarsi tramite un'istruttoria, oltre che fornendo una motivazione adeguata della scelta organizzativa.

Su tale punto concorda anche il Testo unico dei servizi pubblici di interesse economico generale (approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 24 novembre 2016), che all'art. 7 afferma come necessario un provvedimento recante la motivazione in ordine alla modalità di gestione del servizio in house. Nel caso di un servizio a rete, lo stesso articolo al comma 4 dispone che la motivazione contenga un piano economico- finanziario che riesca a fornire la proiezione, per

¹⁶² I.PANICCIA, *La governance partecipativa e la rendicontazione pubblica, in Società Pubbliche e Servizi Locali*, cit., p. 118 ss.

l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti della società in house, ma anche la situazione patrimoniale dell'aggiudicataria¹⁶³.

Il rischio di un eventuale annullamento in sede giudiziale della deliberazione con cui l'ente affida un servizio comprometterebbe la validità del contratto di servizio. Di conseguenza, a maggior ragione si può intuire come la decisione di non ricorrere all'outsourcing debba essere formalizzato, con una delibera consiliare ad hoc, dal Consiglio stesso, come dispone l'art.5, c.4 del suddetto Testo unico ¹⁶⁴.

3.2.2 Disciplina applicabile

Stretta connessione tra diritto pubblico e privato, deriva dal fatto che quando parliamo di persona giuridica pubblica e privata applichiamo analoghe regole concettuali, le regole costitutive, e cioè sia per gli enti privati sia per i pubblici vale il principio di legalità. Vale per le società a rispetto dell'art. 2740 c.c. sulla responsabilità patrimoniale, cioè che non si possono creare patrimoni autonomi al di là dei casi previsti dalla legge; valgono analoghe regole organizzative, dal momento che sia privati che pubblici operano attraverso organi politici, burocratici, che pongono in essere attività di rilevanza esterna. Le società in mano pubblica agiscono ugualmente attraverso organi. Sono analoghe anche le attività, che sono attività d'impresa, ed anche le regole di responsabilità civile. Le regole della responsabilità giuridica, che è una doppia responsabilità, che è civile per la società ed anche per gli amministratori.

¹⁶³ SERVIZIO STUDI Senato della Repubblica , *Testo Unico dei servizi di interesse economico generale- Dossier XVII Legislatura*, giugno 2016, p.41 ss.

¹⁶⁴ M. NICO, *Per l'in house serve sempre la delibera*, in *www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com* , ottobre 2016. L'autore parla di “adeguata istruttoria” ai fini della motivazione.

Fino al 2011, i giudici amministrativi hanno sottolineato spesso la natura pubblica della società, sulla scia della sentenza della Corte Costituzionale del 1993, n. 466, la quale riteneva che “la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando (...)” conformandosi “agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica (art. 2 direttiva CEE n. 80/723, in tema di trasparenza)”. Questo tipo di società, secondo la giurisprudenza, perseguendo il fine pubblico, nonostante la veste giuridica di derivazione privatistica, necessita di allontanarsi dalle regole del modello comune¹⁶⁵.

Dobbiamo distinguere le società in house dalle altre, attraverso le regole organizzative. Le altre società rispondono alle regole dell'art.2449 del codice civile, che pone una deroga rispetto alle regole generali del Titolo V del codice civile, prevedendo che lo Statuto possa consentire al socio pubblico di nominare amministratori in proporzione alla propria partecipazione sociale: questa è una deroga rispetto alle società di diritto comune e può essere vista come un pericolo alla libera circolazione dei capitali¹⁶⁶. Nelle società in house sul piano organizzativo, vige una deroga rispetto al diritto comune, molto forte. La nozione di controllo analogo, sulla base di quanto stabilito a livello europeo e a livello nazionale della giurisprudenza, presuppone il funzionamento dei rapporti tra organi societari in maniera diversa. Anche ammettendo che sia un soggetto

¹⁶⁵ L.SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, Il Fallimento, 1/2014, p.38-39. Cfr. L.SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in Dir. fall, 2010, I, 603.; Id., *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali*, XX Convegno Nazionale dell'Associazione Albesi Studi di diritto commerciale, sul tema “I debitori non fallibili: alternative e punti critici del nuovo diritto fallimentare”, Alba 16 novembre 2013, Il nuovo diritto delle società-on line.

¹⁶⁶ A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, CEDAM, 2015, p.1228 ss.

distinto, l'in house presuppone che l'organo politico possa influenzare l'organo gestionale (ovvero il consiglio di amministrazione). Ci può essere, se non un controllo gerarchico, un'influenza forte. L'organo politico dovrebbe, per un buon funzionamento, dare l'indirizzo generale e lasciare l'organo di gestione libero di operare entro questi paletti.

Ad oggi non abbiamo una netta distinzione tra politica ed amministrazione, perché c'è una forte influenza, se non sugli obiettivi, sulla modalità di gestione: si ha, così una duplicazione di organi. Abbiamo un problema di concerto tra organi appartenenti a soggetti diversi: è possibile avere, per esempio insieme l'organo politico, l'organo deliberativo e l'organo gestionale.

Quindi le regole organizzative depongono a favore del fatto che l'in house è una società, che pur non distinguendosi dalle altre società, evidentemente ha un modo di funzionamento che pone una serie di problematiche. Questo vale per quanto riguarda la nozione generale nel nostro diritto interno, che ricaviamo dal funzionamento delle regole organizzative. Se guardiamo l'applicazione pratica, quindi le regole della attività, dobbiamo intanto premettere che cosa può fare il soggetto in house e quali sono le regole di attività.

In generale tutte le società in mano pubblica possono fare un elenco di tipologie di attività che può porre in essere un soggetto pubblico (in particolare in house). È necessario distinguere tre ambiti:

1. attività amministrativa propria
2. attività di diritto privato con rilevanza pubblica di tipo forte
3. attività di diritto privato con rilevanza pubblica di tipo debole¹⁶⁷

¹⁶⁷ Cfr. P.CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specificità del soggetto alla rilevanza della funzione*, CEDAM, Padova, 2005, p. 251, in cui sono elencati soggetti connotati da una pubblicità di tipo forte e contrapposti a quelli caratterizzati da una pubblicità debole, nei quali le forme di pubblicità rappresentano l'eccezione rispetto alla regola della disciplina di carattere privatistico. Si veda anche V. M. DONOFRIO, *Poteri amministrativi impliciti e principio di legalità: una convivenza dai fragili equilibri*, www.ildirittoamministrativo.it, p.4 ss.

Se prendiamo in considerazione le società in house nel rapporto con le altre società in house, bisogna tenere separato il profilo di azione passiva da un profilo di azione attiva.

Dal punto di vista passivo le società in house possono essere amministrazioni aggiudicatrici, quindi pubbliche amministrazioni, e come pubbliche amministrazioni le società in house pongono in essere atti amministrativi, procedure di gara finalizzate all'adozione di un atto amministrativo di aggiudicazione, cui segue il contratto.

Dal lato passivo possono indire procedure di concorso, quindi porre in essere atti amministrativi finalizzati poi all'approvazione della graduatoria. Analizzando, invece, il lato attivo, bisogna chiederci che cosa possono fare al di là di quanto appena esposto: mettono in essere attività amministrativa vera e propria, attività di diritto privato, al di fuori dell'ambito ristretto, ovvero ristretto per le imprese pubbliche che non possono essere amministrazioni aggiudicatrici e porre in essere atti amministrativi al di fuori del caso di settori speciali¹⁶⁸.

Quindi sotto questo aspetto vi è una diversità anche in relazione alla tipologia di attività che le società in comparazione pongono in essere. Sotto l'aspetto attivo, l'attività di diritto privato che l'in house svolge in maniera più consistente, è quella di tipo forte, cioè attività di servizio pubblico (che è attività di impresa conformata) che le società in house pongono in essere. Devono di conseguenza rispettare gli obblighi di servizio che vengono posti in essere, che vengono inseriti nei contratti di servizio stipulati dopo l'affidamento diretto, e svolge un'attività che ha una rilevanza pubblica perché le società in house poi devono assicurare il servizio universale. Come già è stato detto devono assicurare il servizio di interesse economico generale, quindi garantirlo anche agli utenti marginali, cioè a quegli utenti a cui la prestazione dell'imprenditore, che opera secondo logiche esclusivamente imprenditoriali, non arriverebbe mai. Ci sono dei contratti di servizio stipulati dopo l'affidamento diretto che sono dei contratti di diritto

¹⁶⁸ A.MANETTI, *L'in house providing secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Fondazione Promo P.A, 2016.

pubblico, sono dei veri e propri accordi pubblici: in questo senso viene in rilievo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle controversie che coinvolgono i contratti di servizio connessi al servizio pubblico. Nello svolgimento di questa tipologia che ha una rilevanza pubblica di tipo forte, nel quale viene chiamato in causa spesso giudice amministrativo, con esclusione chiaramente dei contratti individuali di utenza giudice ordinario, ci sono dei limiti che incontra la società in house, per esempio nello svolgere attività extra moenia, e si pongono anche la serie problematiche relative alla valenza eccezionale del modello in house nella gestione dei servizi pubblici. Un'altra attività che può essere un'attività strumentale all'ente, quindi nel settore degli appalti pubblici, è un'attività che pone in essere il soggetto in house in virtù di un affidamento diretto e anche in questo caso incontra una serie di limiti all'attività extra moenia per evitare che ci sia un'alterazione delle regole della concorrenza. Ci si chiede se possa mettere in essere attività di impresa il soggetto in house, cioè se al di fuori delle attribuzioni dirette di commesse pubbliche può svolgere attività di impresa in senso stretto: sembrerebbe averlo escluso, in linea teorica è legittimato a porlo in essere, ma in linea teorica il soggetto in house si deve occupare di affidamenti diretti¹⁶⁹.

Tutte queste particolarità e numero vasto di tipologie di attività, hanno posto dei problemi quantomeno riguardo a quale disciplina applicare, spesso in tema di responsabilità degli organi di vertice della società o del fallimento della società stessa.

¹⁶⁹ C. cass., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in www.dirittodeiservizipubblici.it, sostiene che alla nozione generale di imprenditore di cui all'articolo 2082 codice civile, non è coessenziale il fine di lucro, ovvero la necessità che l'attività sia svolta in modo tale che i ricavi eccedano i costi, giacché è sufficiente il cosiddetto metodo economico, ossia che i ricavi siano quanto meno pari ai costi non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale. Possiamo prendere come punto di riferimento la sentenza n. 466 del 1993 della Corte costituzionale che reputa la forma societaria neutra ed il perseguimento di uno scopo pubblico compatibile con il fine societario.

3.2.2.1 Responsabilità degli amministratori

In primo luogo occorre inquadrare correttamente la questione, al fine di stabilire se, ferma restando la responsabilità penale, nei confronti degli amministratori delle società in house debbano trovare applicazione le norme di diritto societario e/o quelle pubblicistiche connesse alla responsabilità amministrativa, con inevitabili conseguenze in merito al riparto di giurisdizione.

In tema di responsabilità più volte, sono state espresse valutazioni e opinioni contrastanti.

La sentenza della Corte di Cassazione, S.U. 19 dicembre 2009, n. 26806, come la più recente giurisprudenza, ha escluso la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti della società a partecipazione pubblica per i danni ad essa arrecati.

La motivazione di tale decisione, risiede nella doppia natura delle società in house, che sono soggetti finanziati dallo Stato, ma pur sempre soggetti sottostanti a regole di diritto privato.

La sentenza distingueva il caso in cui l'azione abbia ad oggetto un danno arrecato non direttamente al socio pubblico, e quindi la causa consiste nel danno al patrimonio sociale, e il caso in cui il danno sia stato cagionato al patrimonio del socio pubblico. Nel primo caso, infatti, non si tratta di un danno erariale e non sussistendo un rapporto di servizio fra gli amministratori della società e l'ente pubblico socio, quest'ultimo potrebbe eventualmente rivalersi su altri soggetti, tramite un'azione di responsabilità della procura contabile nei confronti di chi, incaricato di gestire tale partecipazione in nome dell'ente, non è stato in grado di indirizzare adeguatamente gli amministratori e gestire i propri poteri nella maniera più conveniente. Solo nel secondo caso, invece, il socio pubblico potrà rivalersi nei confronti degli amministratori e dei sindaci che hanno causato un danno

direttamente incisivo sul patrimonio dell'ente in questione. È esperibile, in questo caso, sia l'azione del socio sia quella per danno erariale¹⁷⁰.

Con la sentenza 25 novembre 2013, n. 26283 la Corte di Cassazione apriva ad una revisione di quanto disposto solo quattro anni prima.

Già l'ordinanza S.U. 3 maggio 2013, n. 10299, che in parte aveva ribadito l'orientamento inaugurato nel 2009, riconosceva d'altra parte la peculiarità del soggetto in house, sollecitando una revisione di detto orientamento in relazione a questo tipo di società¹⁷¹.

Mentre l'orientamento tradizionale si concentrava su come fosse qualificabile il soggetto su cui avrebbe avuto effetto l'azione che avesse comportato un danno, ovvero se interessava il patrimonio sociale o se coinvolgeva direttamente il socio pubblico, la sentenza del 25 novembre 2013, n. 26283 affermava che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house.

I presupposti di tale decisione devono essere rinvenuti nei principi e nelle convinzioni instaurate da tempo nella giurisprudenza e nella normativa amministrativa italiana e comunitaria:

- a) il fatto che la società sia una longa manus dell'ente aggiudicatore, si ha una coincidenza o una fusione tra gli organi delle due parti: come più volte è stato evidenziato, si tratta di un'articolazione della stessa

¹⁷⁰ L'azione di responsabilità individuale del socio, ex artt. 2395 e 2476 c. 6 c.c., dal momento che è finalizzata al risarcimento come quella per danno erariale, è concorrente con quest'ultima, come sostiene la stessa Corte Cassazione civile, Sezioni Unite, 19 dicembre 2009, n. 26806, in *www.cortedicassazione.it*, punto 3.6 : “la configurabilità dell'azione del procuratore contabile, tesa a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, non incontra particolari ostacoli (né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati art. 2395 c.c. e art. 2476 c.c., comma 6, poiché l'una e l'altra mirerebbero in definitiva al medesimo risultato)”

¹⁷¹ C. Cass. civ., S.U. 3 maggio 2013, n. 10299, in *www.neldiritto.it*

amministrazione. Ne consegue che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società dovrà qualificarsi come erariale e la giurisdizione appartenere al giudice contabile, pena la possibilità di eludere la giurisdizione di responsabilità erariale, mediante la costituzione di società di capitali;

- b) tale decisione è compatibile con la nozione di organismo pubblico posta dal diritto dell'UE;
- c) Sono rispettati così i principi di derivazione comunitaria, confermati dalle direttive del 2014, favorevoli ad una gestione finalizzata alla trasparenza, efficienza ed economicità, a servizio degli interessi dei cittadini;
- d) Infine, dal momento che la giurisdizione ordinaria sarebbe chiamata in causa solo quando il danno fosse causato da attività non aventi finalità pubbliche e sicuramente non finalizzate all'interesse generale, cosicché il danno incidesse esclusivamente sul patrimonio della società¹⁷².

Partendo da quest'ultimo presupposto, poiché in materia di società pubbliche la giurisdizione della Corte dei conti è legittima solo qualora non sussista una netta distinzione tra ente pubblico controllante e controllata, e dal momento che le società in house providing non possono essere considerate come un'entità esterna o separata dall'ente pubblico, lo stesso si può affermare dei rispettivi patrimoni che quantomeno fanno capo allo stesso soggetto, ed è doveroso riconoscere in materia la giurisdizione della Corte dei conti.

La Corte, nell'ordinanza 24 marzo 2015, n. 5848¹⁷³, si esprime in modo analogo in merito alla sussistenza della giurisdizione ordinaria qualora nello statuto sociale non siano rivenibili i requisiti dell'in house providing, non potendo essere riconosciuta come articolazione interna alla pubblica amministrazione, nonostante la partecipazione totalitaria pubblica.

¹⁷² L.SALVATO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto della giurisdizione*, in www.scuolamagistratura.it, 2015

¹⁷³ C. Cass., Sez. Unite, 24 marzo 2015, n. 5848, in www.eius.it

È opportuno integrare quanto previsto nella Direttiva comunitaria 2014/24/UE sugli appalti pubblici, dal momento che è stata definita una disciplina separata rispetto agli altri soggetti pubblici o modalità di affidamento. Alla luce del recepimento nel nostro ordinamento, il Consiglio di Stato, 21 aprile 2016, n. 968 ha richiesto l'intervento del legislatore italiano affinché traducesse in norma la regola per cui società in house debba valere lo stesso regime di responsabilità previsto per le società partecipate¹⁷⁴.

Gli strumenti offerti dal Codice Civile da soli , cioè l'azione di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori della società partecipata da parte dei rappresentanti del socio pubblico, in aggiunta alla mancata possibilità di intervenire da parte del giudice contabile (per mancanza di poteri istruttori), non possono, infatti, garantire efficace livello di tutela del pubblico Erario.

D'altro canto, dall'eventuale apertura alla giurisdizione contabile, che comporta l'ampliamento degli eventi e dei soggetti esposti alla responsabilità, potrebbe conseguire il rischio di troppa prudenza nell'amministrazione pubblica derivante dal timore degli amministratori. Il risultato è un eccessivo rallentamento dell'azione amministrativa a scapito di quella tempestività richiesta dal Codice. Dello stesso avviso è Corte costituzionale nella sentenza 1° dicembre 2010, n. 355¹⁷⁵.

Nella prassi, però, è verosimile che sia presente anche il rischio contrario, dovuto ad un controllo troppo leggero.

È evidente come l'affidamento in house necessiti, e allo stesso tempo manchi, di adeguati controlli interni e esterni, dovuta alle particolari caratteristiche interne organizzative, dove spesso e volentieri ruoli pubblici e societari coincidono a causa dell'influenza determinante dell'ente affidatario.

¹⁷⁴ C. Stato, 21 aprile 2016, n. 968, in www.giustizia-amministrativa.it, pt.7

¹⁷⁵ C.BONORA, *La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche*, in www.filodiritto.it, 28 gennaio 2016, p. 1 ss.

È possibile che vi sia, quindi, il fenomeno di soft budget constraint, ovvero una predisposizione all'inefficienza, alla poca attenzione alla qualità da parte del management. A questo è finalizzato a porre rimedio anche il principio di trasparenza, come altre soluzioni per rendere più efficace il sistema dei controlli nelle imprese pubbliche, come strumenti di valutazione e controllo economico, ovvero attraverso contratti incentivanti, metodi di valutazione certificati, nei confronti della Pubblica amministrazione e dei dirigenti pubblici¹⁷⁶.

La legge delega n. 124/2015 ha incaricato il governo di dare una definizione alle norme cui ricade la responsabilità degli amministratori degli enti locali e quella degli amministratori e degli organi di controllo delle società controllate da quest'ultimi, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. c). La ratio della legge sta nella volontà di eliminare l'incertezza e la "sovrapposizione" tra principi e norme privatistici e pubblici (art. 18, lett. h)). Novità rilevante della legge delega, in ogni caso, è l'affermare la responsabilità non solo degli amministratori della società di gestione, ma anche dell'affidante, di competenza della Corte dei Conti¹⁷⁷.

Una delle leggi di attuazione della legge c.d. Madia, ovvero il Testo Unico delle Società Pubbliche D. Lgs. n. 175/2016, ha finalmente confermato in norma l'orientamento che voleva la competenza del giudice ordinario in tema di azioni di responsabilità, ferma restando l'autorità della Corte dei Conti in caso di danno erariale causato dagli amministratori di società in house (art. 12, c.1)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ I.PANICCIA, *La Governance Partecipativa E La Rendicontazione Pubblica*, in *Società pubbliche e servizi locali*, cit., p. 112 ss..L'autore si concentra sulla governance e sui relativi controlli delle società pubbliche e in particolare delle società in house, le quali in particolare modo necessitano di una supervisione a causa delle particolari caratteristiche "oggettive" e "soggettive".

¹⁷⁷ A. VIGNERI, *L'in house providing*, in *Società pubbliche e servizi locali*, cit., p.219 ss.

¹⁷⁸ A.MORELLO, *La riforma delle società a partecipazione pubblica: le principali indicazioni del Testo Unico sul governo societario*, in *www.ilsole24ore*, 15 settembre 2016

3.2.2.2 Il Fallimento delle società in house

La possibilità di fallimento per le società pubbliche è uno degli aspetti che è stato maggiormente dibattuto in Italia ma non ancora risolto con una norma positiva. Gli enti pubblici sono notoriamente sottratti al fallimento, che riguarda invece ogni categoria di impresa commerciale: ne consegue che negare l'assoggettamento a fallimento ad un'impresa pubblica implica che si attribuisca ad essa lo status di ente pubblico.

Caso del tutto particolare, poi è quello delle società in house, per le quali si è esposta per prima la Corte di Appello di L'Aquila, esprimendo il proprio orientamento nel provvedimento del 2 marzo 2015¹⁷⁹. Il ragionamento della Corte, sulla scia di quanto espresso dalla sentenza della Cassazione in merito al riparto della giurisdizione per la responsabilità degli organi societari dell'in house, parte dal presupposto che la titolarità giuridica tra controllato e controllante fa capo allo stesso soggetto. Quanto affermato, leggendolo al fine di determinare, o meno, l'assoggettabilità al fallimento, parrebbe far propendere per la non fallibilità dell'in house provider. Anche se scontato, la Corte ricorda in ogni caso la necessità della sussistenza dei tre requisiti “Teckal”, per evitare che la società sia sottoponibile, al pari dei soggetti privati, alle procedure concorsuali.¹⁸⁰

In verità, nonostante sia stato decisivo l'intervento delle Sezioni Unite che ha assimilato l'in house ad ente pubblico, non è rilevante in questo caso, dal momento che si era riunita per decidere sulla giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità, ma non specificatamente sul fallimento.

¹⁷⁹ Corte di Appello di L'Aquila, 2 marzo 2015, n. 304

¹⁸⁰ Gli enti pubblici, ai quali sono assimilabili le società in house, non sono infatti sottoponibili a procedura concorsuale ai sensi dell'art.1 L. fall.

A rinforzare i dubbi anche la Suprema Corte, che ha dichiarato che la competenza giurisdizionale della Corte dei conti in merito alla responsabilità non osta all'assoggettabilità delle predette società a procedura concorsuale, non potendo escludere il verificarsi di un pregiudizio nei confronti dei creditori o di terzi (ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c.), non solo, quindi, sussistendo un danno al patrimonio.

Sembra opportuno che nel valutare l'applicabilità della legge fallimentare, quindi, sia doveroso spostare l'attenzione dal tipo di interessi che l'attività dell'in house persegue, a quegli interessi che potenzialmente possono essere o sono stati lesi¹⁸¹.

Di diverso avviso della Corte di Appello de l'Aquila, infatti, è il Tribunale di Modena, che ha interpretato il silenzio delle Sezioni Unite sulla questione del fallimento come un assenso ad assoggettare questo particolare tipo di società alla legge fallimentare (decreto del 10 gennaio 2014). Questo perché, secondo il Tribunale di Modena, non sono ravvisabili né definibili delle regole autonome per le società in house, perciò devono sottostare, come le altre società pubbliche, ai principi e alle regole di diritto comune, negando qualsiasi rivendicazione derogatoria che permetterebbe di escluderle dalle disposizioni dell'art.1 della legge fallimentare.

Il ragionamento non sembra basarsi solamente su aspetti formali. Infatti, se possiamo definire come attività commerciale ogni attività diversa da quella agricola ne possiamo dedurre, volendo sostenere l'orientamento del Tribunale di Modena, che anche l'attività della società in house, se svolta secondo criteri di economicità e imprenditorialità, rientrerebbe nella definizione di soggetto che

¹⁸¹ Cass. civ. Sez. I, Sent., 27 settembre 2013, n. 22209, in www.italgiure.giustizia.it, p.14: "Deve dunque concludersi, secondo quanto è stato correttamente rilevato in dottrina, che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta anche che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento"

svolge attività commerciale, ovvero imprenditore. Conseguentemente, ricorrendo agli altri requisiti previsti dalla legge, la società in house potrebbe accedere al concordato preventivo, all'accordo di ristrutturazione dei debiti ed essere assoggettata a fallimento¹⁸².

Dal momento in cui la pubblica amministrazione ha scelto di servirsi di una società come strumento di autoproduzione, la forma societaria scelta è utile per connotare i tratti caratteristici statutari e organizzativi che risentono dell'influenza pubblica, mentre il rapporto con i diversi stakeholders, e quindi con l'esterno, non risentono della peculiarità dell'istituto, dal momento che viene svolta attività imprenditoriale. Per tale motivo, il fallimento è legittimamente contemplato per le società in house dal momento che, pur svolgendo l'attività a servizio dell'interesse pubblico, non ne detiene la titolarità, ma la società è preposta soltanto alla gestione del servizio, costituendone una modalità di organizzazione.

L'eventuale fallimento della società in house, rappresenta solo il fallimento di questa modalità di gestione, e non, per osmosi, il fallimento dell'ente stesso in vece di titolare del servizio, cosa peraltro non contemplabile dal nostro ordinamento¹⁸³. Ne possiamo dedurre che la peculiarità dell'istituto in esame, quindi, si limita ai rapporti tra ente e società, ma lo stesso non è del tutto esente dagli obblighi e dalla responsabilità che deriva dalla veste societaria assunta¹⁸⁴.

Non sono mancati altri casi in cui sono stati dati giudizi in contrasto con l'orientamento espresso dal tribunale di Modena, per i quali proprio la definizione di imprenditore commerciale attribuita ad una società in mano pubblica ha creato

¹⁸² G.MATTIELLO, *È fallibile una società in house?*, in *www.Altalex.it*, gennaio 2016.

¹⁸³ Di diverso avviso D. DI RUSSO, *Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?*, *www.odcec.torino.it*, in cui l'autore sostiene come più complicato l'assoggettamento della società in house al fallimento dal momento in cui l'ente pubblico, in veste di socio, sarebbe ugualmente chiamato a rispondere ai creditori.

¹⁸⁴ M.CUOCO, *La gestione della crisi di una società in house*, in *www.osservatorio-oci.org*, p.6 ss.

disaccordo, e talvolta si è sostenuto l'incompatibilità della liquidazione fallimentare laddove il soggetto giuridico in house non sia distinguibile dall'ente pubblico, anche qualora il patrimonio sia formalmente separato¹⁸⁵.

In merito a quest'ultimo punto è necessario distinguere tra la proprietà dei beni e la gestione del servizio. Nel caso in cui i beni pubblici siano attribuiti con vincolo di destinazione, sarebbero strettamente legati al fine pubblico, quindi all'ente pubblico stesso, e di conseguenza non oggetto delle procedure concorsuali. Questo dubbio è stato risolto dal TUEL (art.113) che dispone la separazione tra proprietà e gestione, il che si riflette sui beni, che sono attribuiti al patrimonio della società in house. È quest'ultima, quindi, e non l'amministrazione pubblica o l'ente pubblico ad affrontare e subire, al pari delle altre società di diritto privato, le conseguenze negative della mala gestio¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Si tratta rispettivamente delle pronunce del Trib. Palermo, 18 gennaio 2013, e dei Trib. Napoli, 9 gennaio 2014 e Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *www.unijuris.it*

¹⁸⁶ M.LOMBARDO-F.SCURA, Il regime giuridico dell'impresa pubblica locale, in Società Pubbliche e Servizi locali, cit., p.84 ss. che prendendo a riferimento le sopracitate pronunce del Tribunale di Palermo e di Napoli si pone il problema dalla prospettiva del patrimonio dell'in house, e della sua separazione o meno da quello dell'ente pubblico.

CAPITOLO QUATTRO

Conclusioni

Dall'analisi dell'evoluzione dell'affidamento in house in ambito comunitario e il suo riflesso a livello nazionale, si è visto come il percorso di riconoscimento di questo istituto e dei suoi tratti caratteristici è stato discontinuo e per certi versi ha fatto qualche passo indietro rispetto ai propositi.

La volontà di lasciare maggiore libertà di organizzazione e di regolazione agli Stati e ai loro enti locali in materia di servizi pubblici, non sempre si è rivelata causa di un condiviso ampliamento del ricorso all'autorganizzazione o all'affidamento diretto.

In Italia, questo ha significato piuttosto un inasprimento dei controlli rispetto a queste deroghe alla regola generale della concorrenza. Non solo, ma la tendenza evolutiva che si prospetta riguardo ai problemi organizzativi interni alle società in house o ad eventuali crisi aziendali, viene risolta adeguando il codice civile e più in generale il diritto societario a queste società, e non viceversa, come ci si sarebbe potuti aspettare.

Il caso critico di come interpretare il fallimento di queste società, e il modo in cui è stato risolto ne è un altro esempio: la sostanziale non diversità delle attività svolte dal soggetto in house ha infatti fatto propendere il legislatore verso la scelta di assoggettarle al diritto fallimentare.

Il Codice dei contratti, seguito dal Tusp (ovvero il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), nel recepire i principi comunitari, ha cercato di dare maggiore rilievo alla sostanza rispetto alla forma. È possibile verificare questo ad esempio nel superamento del rispetto formale dei requisiti richiesti perché sia legittimo l'affidamento, oppure nell'ampliamento del sistema dei controlli e rendendo necessaria un'adeguata motivazione di carattere economico e sociale rispetto alla scelta del modello in house.

Le amministrazioni pubbliche sono chiamate a valutare non solo i profili giuridici e societari delle proprie società in house, ma, per rispetto del principio di concorrenza, deve essere verificata la capacità della società di offrire i propri servizi a condizioni non inferiori, in termini economici e qualitativi, a quelle che sarebbero garantite dal mercato.

Mentre infatti in passato ci si è interrogati piuttosto sulla definizione corretta dei requisiti per il riconoscimento e la legittimità dell'affidamento in house, se non addirittura sulla legittima equiparazione dell'istituto in esame alla gara d'appalto, la prospettiva futura dell'in house sembra riguardare problemi più concreti che coinvolgono questo tipo di particolari società al pari delle altre.

Per quanto riguarda quello che si prospetta essere un ampliamento del numero di affidamento di questo tipo, dati i tempi ancora non maturi, è difficile dare un giudizio sull'effettiva convenienza, o meno, della scelta di ricorrere all'in house providing.

Non possiamo escludere che l'in house possa essere in futuro abolito, qualora i risultati concreti di questo tipo di organizzazione non siano soddisfacenti. Ipotesi quantomeno remota, alla luce di tutti gli sforzi legislativi e giurisprudenziali succedutisi in merito alla necessità di una normazione per l'istituto in esame.

Certo è che, almeno in Italia, l'onere motivazionale e la supervisione dell'Anac spostano questo quesito, e la sua conseguente verifica, a monte del processo di affidamento, che di conseguenza è improntato, sin dalla sua origine, all'economicità¹⁸⁷.

Solo questo responso sarà fondamentale per dichiarare definitivamente questo strumento equiparabile o preferibile al ricorso al mercato, ovvero all'esternalizzazione¹⁸⁸.

¹⁸⁷ R.MANGANI, *Le problematiche operative dell'in house*, www.osservatorioappalti.it, p.21 ss

¹⁸⁸ C.D'ARIES- S.GLINIANSKI, *Nel Codice dei contratti maglie strette per l'in house*, quotidianoentilocali.ilsole24ore.com, 1 giugno 2016. Si veda anche M.LOMBARDO-F.

Elenco sentenze e pareri

Corte di Giustizia

Corte di giustizia, 14 luglio 1981, C-172/80, in *eurlex.europa.eu*
Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, C-320/91, in *curia.europa.eu*
Corte di Giustizia, 23 ottobre 1997, C-157/94, C-158/94, C-159/94 e C-160/94, in *curia.europa.eu*
Corte di Giustizia, 18 giugno 1998, C-266/96, in *curia.europa.eu*
Corte di Giustizia, 10 Novembre 1998, C-360/96, in *curia.europa.eu*.
Corte di Giustizia, 9 Settembre 1999, C-108/98, in *curia.europa.eu*.
Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, in *curia.europa.eu*.
Corte di Giustizia, 12 settembre 2000, C-180/98, in *eurlex.europa.eu*
Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-94/99, in *curia.europa.eu*
Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, C-324/98, in *curia.europa.eu*
Corte di Giustizia, 24 luglio 2003, C-280/00, in *eur-lex.europa.eu*
Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, n. 2603, C-26/03 in *curia.europa.eu*
Corte di Giustizia, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, in *eurlex.europa.eu*,
Corte di Giustizia, 10 Novembre 2005, C-29/04, in *curia.europa.eu*
Corte di Giustizia, sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, in *eur-lex.europa.eu*
Corte di Giustizia, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, in *eurlex.europa.eu*
Corte di Giustizia, III Sez., 10 settembre 2009, C-573/07, in *eur-lex.europa.eu*
Corte di Giustizia, 15 ottobre 2009, C-196/08, in *eur-lex.europa.eu*
Corte di Giustizia, Sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, <http://publications.europa.eu/it>
Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, C-15/13, in *eur-lex.europa.eu*

Consiglio di Stato

C. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n.2316, in www.astrid-online.it
C. Stato, sez.IV, 30 maggio 2005, n. 2795, in www.giustizia-amministrativa.it
C. Stato, 13 luglio 2006, n. 4440, in www.federalismi.it
C. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in www.ilsole24ore.it.
C. Stato, 3 aprile 2007, n. 1514, in www.aedon.ilmulino.it
C. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n.456, in www.federalismi.it
C. Stato, 3 marzo 2008, n.1. in *Giust. Amm.*, n.3-2008
C. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in www.amministrazioneincammino.luiss.it
C. Stato, Sez. II, 13 febbraio 2013, par. int. n. 1168, in www.giustizia-amministrativa.it
C. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362, in www.dirittodeiservizipubblici.it

SCURA, *Il regime giuridico dell'impresa pubblica locale*, in *Società Pubbliche e Servizi Locali*, cit., p.88 ss..

C.Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, in www.giustizia-amministrativa.it
C. Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, in www.giustizia-amministrativa.it
C.Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, in www.giustizia-amministrativa.it
C. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in www.giustizia-amministrativa.it
C. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1900, in www.giustizia-amministrativa.it
C. Stato, 21 aprile 2016, n. 968, in www.giustizia-amministrativa.it

TAR

TAR Toscana, sez. I, 13 marzo 2009, n. 417, in www.astrid-online.it
Tar Lombardia, Brescia, 17 maggio 2016, n. 691, in www.giustizia-amministrativa.it

Corte Costituzionale

C. Cost., 17 dicembre 1993, n. 466, in www.giurcost.org
C.cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in www.cortecostituzionale.it
C.Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in www.federalismi.it
C. Cost., 20 luglio 2012, n. 199, in www.cortecostituzionale.it
C. Cost., 28 marzo 2013, n.50, in *Giur. Cost.*
C. Cost., 16 luglio 2013, n. 229, in www.cortecostituzionale.it
C. cost., 24 luglio 2013, n. 236, in www.cortecostituzionale.it

Corte di Cassazione

C. Cass. civ., Sezioni Unite, 19 dicembre 2009, n. 26806, in www.cortedicassazione.it
C. Cass. civ., S.U. 3 maggio 2013, n. 10299, in www.neldiritto.it
C. Cass. civ., Sez. I, Sent., 27 settembre 2013, n. 22209, in www.italgiure.giustizia.it
C. Cass., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.cortedicassazione.it
C.. Cass., Sez. Unite, 24 marzo 2015, n. 5848, in www.eius.it
C. Cass., sez. II, 14 marzo 2016, n. 4938, in www.dirittodeiservizipubblici.it

Corte di Appello di L'Aquila, 2 marzo 2015, n. 304

Tribunale di Modena, decreto 10 gennaio 2014, in www.unijuris.it

Tribunale di Palermo, 18 gennaio 2013, in www.unijuris.it

Tribunale di Napoli, 9 gennaio 2014, , in www.unijuris.it

Tribunale di Verona, 19 dicembre 2013, , in www.unijuris.it

Bibliografia

ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2001

ANGIONI R. - PANI M. -SANNA C., *Società in house. Criticità e prospettive*, Cesda Editori, luglio 2014

ANSELMINI D., *L'affidamento a società miste*, in *Società Pubbliche e servizi locali*, in BASSANINI F. (a cura di), Astrid, marzo 2016

AUTON-SMITH A., *Shared services, spin-outs and 'in-house procurement'*, in www.localgovernmentlawyer.co.uk, 16 marzo 2013

BALDINATO M., *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in Riv. It. dir. pubbl. com., 2006

BASSANINI F., *Società pubbliche e servizi locali*, Astrid, marzo 2016

BENEDETTO A.M., *L'evoluzione giurisprudenziale in tema di affidamento "in house"*, in www.ildirittoamministrativo.it, 30 gennaio 2015

BIANCHINI R., *Affidamento in house*, in www.AltalexPedia.it, voce agg. al 9 giugno 2016.

BIANCHINI R., *Società a partecipazione pubblica: le novità della riforma*, in www.altalex.it, 11 novembre 2015

BIGOLARO S. –CASTELLANI B., *Le società in house negli Enti locali e nella Sanità*, Maggioli, 2012

BONORA C., *La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche*, in www.filodiritto.it, 28 gennaio 2016

BRIGANTE V., *Modelli derogatori per la scelta del contraente: l'affidamento diretto nelle more del recepimento delle direttive UE*, in www.iurisprudenzia.it

BUONANNO F., *Servizi pubblici locali: appalti in house e rispetto delle regole UE su concorrenza*, in www.altalex.com, 1 luglio 2004

CALLEA A.-CARIDI V., *Rapporto sugli affidamenti in house*, in www.formez.it, ottobre 2007

CHIAPPETTA M., *L'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, in www.lexitalia.it, n.4/2007

CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specificità del soggetto alla rilevanza della funzione*, CEDAM, Padova, 2005

CHIRULLI P., *Contributo alla discussione: l'in house providing nella Direttiva 2014/23/UE*, Seminario ITALIADECEDE – AEQUA, 9 marzo 2015.

CHITI P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. TAR*, fasc.3, 2006

CINTIOLI F., *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in www.federalismi.it, 30 maggio 2012

CINTIOLI F., *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, 2014, I.

CLARIZIA A., *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in *Giust. amm.*, 2005

COCOZZA F., *Diritto pubblico all'economia*, Giappichelli, Torino, 2007

CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra anomalia del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, vol. II, 2015

CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo 'Codice': opportunità e profili di criticità*, in CONTESSA C.- CROCCO D. (a cura di), *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, DEI, 2016

CONTESSA C., *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, Roma, novembre 2014, in C.CONTESSA- D.CROCCO (a cura di), *Guida alle nuove direttive europee sugli appalti e sulle concessioni*, DEI, Anno 2015

CUOCO M., *La gestione della crisi di una società in house*, in www.osservatorio-oci.org.

CUOCOLO L., *La Corte Costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Gior. Dir. Ammin.*, 25 maggio 2011

DI GASPARE G., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, 2010

DI GIACOMO RUSSO B., *La Corte di Giustizia Europea e l'indispensabilità del controllo analogo congiunto*, in *Giurispr.*, 1/2013

DI RUSSO D., *Le società in mano pubblica sono soggette alle procedure concorsuali in caso di insolvenza?*, in www.odcec.torino.it

DONOFRIO V.M., *Poteri amministrativi impliciti e principio di legalità: una convivenza dai fragili equilibri*, in www.ildirittoamministrativo.it

FABRIS S., *Motivazione obbligatoria per l'affidamento in house*, in www.moltocomuni.it, 11 ottobre 2015

FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing all'interno della sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comunit.*, 2005

- FOA S.-GRECO D., *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, n.15/2015, 29 luglio 2015
- FOGGIA F., *In house providing orizzontale: modello teorico e prospettive applicative*, La Rivista Neldiritto, 2014, fasc. 8
- GRECO G., *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2000
- GRISANTI D.M., *Chiarimenti sull'applicazione dell'art. 192 del Codice dei contratti*, in www.lamministrativista.it, 12 settembre 2016
- GUZZO G., *La sfuggente definizione del requisito del controllo analogo: il caso "CINECA"*, www.LexItalia.it, n.1/2015
- GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house*, Giuffrè, 2009
- IAIONE C., *Le società in house per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art 13 del Bersani*, in www.astrid-online.it, 3 maggio 2010
- IAIONE C., *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, 2012
- LIROSI A., *Affidamento in house: lo stato dell'arte della dottrina e giurisprudenza in materia di controllo analogo*, in Giust. amm., 2006
- LOMBARDO M.- SCURA F., *Il regime giuridico dell'impresa pubblica locale*, in *Società Pubbliche e Servizi Locali*, cit.
- MAFFEI ALBERTI L., *Commentario breve al diritto delle società*, CEDAM, 2015
- MANETTI A., *L'in house providing secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.promopa.it, 2016
- MANGANI R., *Le problematiche operative dell'in house*, in www.osservatorioappalti.unitn.it
- MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i cd. "affidamenti in house"*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004
- MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in www.federalismi.it, n. 11/2015
- MATTIELLO A., *È fallibile una società in house?*, in www.Altalex.it, gennaio 2016.
- MORELLO A., *La riforma delle società a partecipazione pubblica: le principali indicazioni del Testo Unico sul governo societario*, in www.ilsole24ore.it, 15 settembre 2016
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Il Mulino, 2005

NICO M., *Affidamento in house illegittimo se manca la motivazione analitica*, in www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com , 26 Mag 2016

NICO M., *Le società partecipate dagli enti locali*, Maggioli Editore, 2010

NICO M., *Per l'in house serve sempre la delibera*, in www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com , ottobre 2016

PANI M.- SANNA C., *L'evoluzione della disciplina delle società in house nella legislazione e nella giurisprudenza*, Amicolibro, 2014

PANI M.-SANNA C., *Le società in house nel nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, in www.lexitalia.it, 5 luglio 2016

PANICCIA I., *La governance partecipativa e la rendicontazione pubblica*, in *Società Pubbliche e Servizi Locali*, cit.

PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in www.astridonline.it, 24 novembre 2005.

POLIMANTI P., *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in www.amministrazioneincammino.it , 2010

RANGONE C., *relazione In house e cooperazione pubblico pubblico nel trattato, nella giurisprudenza della corte e nelle nuove direttive appalti e concessioni*, Convegno IGI, 27 febbraio 2014.

RICCHI M., *Direttiva appalti 24/2014/UE, l'analisi delle Regioni*, seminario pubblico, Roma, 9 giugno 2015

SALVATO L., *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, *Il Fallimento*, 1/2014

SALVATO L., *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto della giurisdizione*, in www.scuolamagistratura.it, 2015

SALVATO, L. *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, I, 2010

SFRECOLA E., *Il nuovo codice dei contratti nel sistema di finanza e contabilità pubblica*, in www.giuristidiamministrazione.com, 2016

SONCINI A., *Gli affidamenti in house: rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza Tragsa II del 2007*, in *Dir. com. sc. int.*, 2007

SPARANO G., *Gli affidamenti in house nel Nuovo Codice degli Appalti*, in www.Appaltinforma.it , 5 luglio 2016.

TESSAROLO C., *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it , 8 gennaio 2004.

TORCHIO N., *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale di magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014

URBANO G., *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 4 maggio 2012

URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.it, 2012

URSO M.G., *La natura giuridica delle società partecipate dagli enti pubblici e la disciplina applicabile*, in www.lexitalia.it, n. 2/2007

VARONE V., *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro amm.*, 2004

VIGNERI A., *Le nozioni, i sieg e l'autonomia locale*, in *Società pubbliche e servizi locali*, cit.

VIGNOLO M., *Affidamento in house*, in www.lamministrativista.it, 9 febbraio 2016

VOLPE C., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, Convegno "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", 19 settembre 2015.

ZANETTI P., *Le nuove Direttive europee in materia di appalti e concessioni: obiettivi europei, prospettive di recepimento, attività di supporto della Commissione europea*, Seminario del 7 febbraio 2014, in *CINSEDO – Atti del "Ciclo di Seminari specialistici sulle politiche europee" 2013-2014*, Roma.